



SOMMARIO

FOCUS SULLA FINANZIARIA

REDAZIONALI	4
RIDUZIONE ORGANI DEGLI ENTI LOCALI <i>del Dott. Adriano Marini</i>	4
FINANZIARIA 2010 E IL RUOLO DELLA CONSIP S.P.A. <i>degli Avv.ti Salvatore Napolitano ed Andrea Drusin</i>	9
NOVITÀ SUL PUBBLICO IMPIEGO <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i>	11
URBANISTICA: LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE FINANZIARIA <i>della Dott.ssa Rosaria Salerni</i>	13

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	19
REDAZIONALI	23
ENTI LOCALI E NOZIONE DI RAPPORTO FIDUCIARIO <i>dell'Avv. Nicoletta Tradardi</i>	23
VERIFICA APPROFONDATA PER L'AFFIDAMENTO DI INCARICHI ESTERNI NEGLI ENTI LOCALI <i>dell'Avv. Nicoletta Tradardi</i>	25
CONSIGLI COMUNALI E PROVINCIALI: QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLE DIMISSIONI COLLETTIVE <i>dell'Avv. Nicoletta Tradardi</i>	26
DIPENDENTI DI ENTI LOCALI. DIRITTO DI ACCESSO ALL'ORARIO DI SERVIZIO DEI COLLEGHI <i>dell'Avv. Nicoletta Tradardi</i>	28
GIURISPRUDENZA	29
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) <i>dell'Avv. Nicoletta Tradardi</i>	29
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI <i>dell'Avv. Nicoletta Tradardi</i>	34
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE <i>del Dott. Marco Benvenuti, Dott.ssa Flora Cozzolino e Dott. Mario Nigro</i>	38
PARERI	53

EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	58
REDAZIONALI	60
LE NOVITÀ RELATIVE AL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 307/2009 ALLA L. N. 166/2009 <i>dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni</i>	60
SCARICO DI ACQUE IN PUBBLICHE FOGNATURE E PROFILI DI RESPONSABILITÀ <i>degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi</i>	63
LA TUTELA DELL'AMBIENTE E IL RISARCIMENTO DEL DANNO AMBIENTALE TRA STATO E REGIONI <i>della Dott.ssa Rosa Valicenti</i>	68
AREE PROTETTE: IL RIPARTO DI COMPETENZE LEGISLATIVE TRA STATO E REGIONI, ALLA LUCE DELLE RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>della Dott.ssa Raffaella Vaira</i>	73
IL PIANO URBANISTICO TERRITORIALE TEMATICO: L'ESPERIENZA DELLA REGIONE PUGLIA <i>della Dott.ssa Valentina Pavone</i>	82



GIURISPRUDENZA	88
URBANISTICA	88
ESPROPRIAZIONE	91
EDILIZIA.....	96
ABUSI EDILIZI.....	98
PAESAGGIO	100
AMBIENTE.....	101
PARERI	106

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	111
REDAZIONALI	118
È ANCORA POSSIBILE PER LA PA UTILIZZARE L'ISTITUTO DELLA VENDITA DI COSA FUTURA? <i>dell'Avv. Michele De Cilla</i>	118
ART. 38 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: REQUISITI DI "MORALITÀ" DEI CONCORRENTI <i>dell'Avv. Guglielmina Olivieri Pennesi</i>	123
AVVALIMENTO E CERTIFICAZIONI DI QUALITÀ DEL SISTEMA <i>dell'Avv. Paola Tria</i>	130
L'ADEGUAMENTO ALLA DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA. LA NUOVA NORMATIVA ED IL REGIME TRANSITORIO <i>dell'Avv. Massimo Ragazzo</i>	133
OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto</i>	141
GIURISPRUDENZA	144
CONTRATTI PUBBLICI	144
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	150
PARERI	157

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	162
REDAZIONALI	164
LE NOVITÀ IN MATERIA SANZIONATORIA PREVISTE DAL D. LGS. 27.10.2009, N. 150 (ATTUAZIONE DELLA L. 4.3.2009, N. 15 - C.D. LEGGE "BRUNETTA"). SINTESI DI UNA PRIMA ANALISI <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i>	164
IL RITARDO NELLA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO ALLA LUCE DELLA L. 18.7.2009, N. 69. LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE, LA RESPONSABILITÀ PENALE, LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i>	172
GIURISPRUDENZA	176
PARERI	181

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	185
REDAZIONALI	188
ALBERGHI E ABITAZIONI EQUIPARATI AI FINI DELLA COMMISURAZIONE DELLA TARSU <i>dell'Avv. Valentina Romani</i>	188
PATTO DI STABILITÀ INTERNO – SISTEMA DI PREMIALITÀ PER GLI ENTI LOCALI VIRTUOSI <i>del Dott. Stefano Olivieri Pennesi</i>	190
RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO DEGLI ENTI LOCALI E PROFILI DI DANNO ERARIALE: IN PARTICOLARE, IL CONTRATTO DI <i>INTEREST RATE SWAP</i> <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i>	193
L'AUTONOMIA IMPOSITIVA DELLE REGIONI TRA TRIBUTI PROPRI E TRIBUTI COMPARTICIPATI <i>del Dott. Francesco Sampugnaro</i>	198



RENDICONTAZIONE FINANZIARIA DI PROGETTI CO-FINANZIATI DALLA COMMISSIONE EUROPEA NEI PROGRAMMI A GESTIONE DIRETTA	
<i>del Dott. Alberto Sciuto</i>	201
LA SORTE DEI CONTRIBUTI DI DEPURAZIONE ALLA LUCE DELL'ART. 1 DELLA L. 27.2.2009, N. 13: SALVAGENTE GIUDIZIARIO O VIRTUOSISMO TRIBUTARIO?	
<i>del Dott. Alfonso Maresca</i>	204
GIURISPRUDENZA	207
PARERI	210
ABBONAMENTO	215

FOCUS SULLA FINANZIARIA

RIDUZIONE ORGANI DEGLI ENTI LOCALI

del Dott. Adriano Marini

Art. 2, commi da 183 a 188, legge finanziaria per l'anno 2010

Una delle più importanti misure di interesse degli enti locali, contenute nella legge finanziaria 2010 (l. 23.12.2009, n. 191) è quella disciplinata nei commi da 183 a 188 dell'art. 2, che a fronte della riduzione dei trasferimenti ordinari dello Stato introduce una sensibile riduzione di organi di comuni e province, definita da parte della stampa come "taglio delle poltrone".

Manovra che, a distanza di pochi giorni dall'approvazione, ha però subito una importante modifica nei tempi di attuazione (d.l. n. 2 del 25.1.2010), anche a seguito delle prese di posizione dei rappresentanti degli enti locali.

L'idea della riduzione del numero degli amministratori locali non è certamente nuova; anche nella precedente legislatura era stata già tentata una manovra del genere con la prima stesura della finanziaria; manovra però miseramente naufragata nel corso del tortuoso iter di approvazione della legge.

L'opera di riduzione di organi e apparati amministrativi locali, da attuare attraverso lo snellimento di alcuni organi collegiali (riduzione del numero di componenti delle giunte e dei consigli) e l'eliminazione di altri organi (es. abolizione delle circoscrizioni o dei difensori civici) persegue il duplice scopo di una riduzione sul versante delle spese ed una semplificazione dell'azione politico amministrativa, troppo spesso appesantita da lungaggini burocratiche che ne minano l'efficacia.

Tali riduzioni sono già presenti nel disegno di legge sulla carta delle autonomie (attuale atto camera n. 3118/2010 di riforma del TUEL) predisposto dal Ministro della semplificazione normativa Calderoli. I tempi non

rapidi per l'approvazione di tale riforma, unita all'esigenza di apportare subito tagli alla spesa della pubblica amministrazione, hanno indotto lo stesso Ministro ad anticipare la manovra all'interno della finanziaria per l'anno 2010.

Le prime obiezioni sollevate all'annuncio di tale iniziativa, soprattutto da parte del mondo delle autonomie locali, hanno però immediatamente posto in evidenza l'impossibilità per una legge finanziaria di introdurre norme di carattere ordinamentale. L'obiezione, evidentemente fondata, è stata prontamente superata attraverso una riformulazione della norma che ne accentuasse l'aspetto economico finanziario: lo Stato opera una riduzione dei trasferimenti nei confronti degli enti locali chiamati alle elezioni per il rinnovo degli organi e per gli stessi enti si applica una riduzione degli organi per far fronte ai citati tagli dei finanziamenti.

L'approvazione di tali misure contro le posizioni espresse dall'ANCI ha determinato una decisa reazione da parte dell'associazione dei comuni, che ha deciso di non partecipare agli incontri istituzionali, determinando così il blocco delle attività della Conferenza Stato - città ed autonomie locali.

La ricomposizione, anche in vista del confronto che attende le parti su materie importanti quali quelle della carta delle autonomie e del federalismo fiscale, è stata trovata nell'accoglimento, da parte del Governo, delle richieste dei comuni di posticipare l'entrata in vigore dei tagli agli organi degli enti locali.

Di qui l'approvazione del decreto legge (n. 2/2010) che ha posticipato di un anno l'entrata in vigore dei citati tagli, mantenendo

comunque la riduzione dei trasferimenti a partire già dall'anno 2010.

1) Quadro normativo definito dalla finanziaria.

La legge finanziaria 2010, all'art. 2, commi da 183 a 188, definisce il seguente quadro normativo:

1a) Riduzione contributo ordinario.

Il contributo ordinario base spettante agli enti locali è ridotto, ai sensi del co. 183, per ciascuno degli anni 2010, 2011 e 2012 per le province (rispettivamente di 1 milione di euro, di 5 milioni di euro e di 7 milioni di euro) e per i comuni (rispettivamente di 12 milioni di euro, di 86 milioni di euro e di 118 milioni di euro).

Tale riduzione non interessa tutti i comuni e le province, ma, per ciascuno degli anni considerati, soltanto gli enti per i quali nel corso dell'anno abbia luogo il rinnovo dei rispettivi consigli. I tagli vengono così graduati in relazione ai rinnovi delle amministrazioni ed alla contestuale riduzione di organismi che viene disposta con i commi successivi. A tal fine il Ministro dell'interno, con proprio decreto, provvede per ciascuno degli anni alla corrispondente riduzione del contributo ordinario solo per gli enti interessati al rinnovo dei rispettivi consigli. La riduzione è disposta in proporzione alla popolazione residente.

1b) Riduzione assessori e consiglieri.

Al fine di compensare i tagli ai trasferimenti ordinari e con la medesima graduazione il numero degli amministratori (commi 184 e 185) è ridotto nelle misure di seguito indicate, ovviamente a decorrere dall'anno in cui si procede al rinnovo delle amministrazioni e solo per i comuni ove si svolgono le elezioni nei tre anni considerati:

- riduzione consiglieri comunali.

Il numero dei consiglieri comunali è ridotto del 20 per cento, con arrotondamento all'unità superiore (co. 184). La legge finanziaria non prevede riduzione del numero dei consiglieri provinciali in quanto il numero degli stessi è definito sulla base del numero dei collegi in cui è suddivisa ciascuna provincia e la riduzione del numero dei consi-

glieri, già dal 2010, avrebbe richiesto una propedeutica revisione dei collegi elettorali, non compatibile temporalmente con l'imminente tornata elettorale;

- riduzione assessori comunali e provinciali.

Il numero massimo degli assessori comunali e provinciali è determinato, rispettivamente, in misura pari a un quarto del numero dei consiglieri comunali e ad un quinto del numero dei consiglieri provinciali, con arrotondamento, in entrambi i casi, all'unità superiore (co. 185). Per gli assessori provinciali, a differenza dei consiglieri provinciali, è previsto lo stesso meccanismo di riduzione che opera per i comuni in quanto il numero di assessori non è vincolato al meccanismo dei collegi elettorali.

1c) Soppressione di organi.

La norma prevede inoltre (co. 186), sempre per i soli enti interessati al rinnovo e a decorrere dall'anno in cui si tengono le elezioni, l'adozione obbligatoria delle seguenti misure di eliminazione di altri organi:

- soppressione della figura del difensore civico (art. 11 d. lgs. n. 267/2000).

La figura del difensore civico è stata mutuata, nella realtà italiana, dall'istituto dell'Ombudsman di origine scandinava (letteralmente "*incaricato, procuratore*") ed ha trovato spazio in Italia, a partire dagli anni settanta, all'interno degli ordinamenti regionali. Per gli enti locali, la riforma degli anni 1990 (l. 8.6.1990, n. 142) ha introdotto, tra gli strumenti innovativi, il difensore civico, quale tutore della legalità e della partecipazione, ma quale figura eventuale la cui istituzione è stata rimessa alle scelte dei singoli statuti. L'effettiva introduzione di questa figura, ma anche i contenuti del relativo ruolo, gli ambiti di autonomia riconosciuti ecc., sono infatti stati rimessi alla discrezionalità degli enti locali nell'ambito della potestà statutaria. Il difensore civico, pure istituito in molti comuni, non è mai entrato pienamente nel complesso delle realtà civiche; è rimasta per lo più una figura dotata di autorità morale (*auctoritas*), ma priva di effettivi ed incisivi poteri di intervento (*potestas*).

- soppressione delle circoscrizioni di de-

centramento comunale (art. 17 d. lgs. n. 267/2000).

La norma interviene con una soppressione generalizzata delle circoscrizioni comunali. Una prima riduzione delle circoscrizioni è stata già operata con la finanziaria 2008 (art. 2, co. 29, della l. 24.12.2007, n. 244), che ha eliminato le circoscrizioni per i comuni con popolazione fino a 100.000 abitanti ed imposto il limite di popolazione media di 30.000 per ciascuna circoscrizione nei comuni con popolazione compresa tra i 100.000 e 250.000 abitanti, ove l'istituzione è facoltativa. La disciplina introdotta dalla finanziaria 2008 è comunque operativa solo a decorrere dalle elezioni successive all'entrata in vigore della norma (art. 42 *bis* del d.l. 31.12.2007, n. 248, convertito nella l. n. 31/2008).

- possibilità di delega del sindaco a consiglieri nei comuni minori.

Una misura innovativa è quella che introduce la possibilità di delega da parte del sindaco dell'esercizio di proprie funzioni a non più di due consiglieri, in alternativa alla nomina degli assessori, nei comuni con popolazione non superiore a 3.000 abitanti;

- soppressione della figura del direttore generale (art. 108 d. lgs. n. 267/2000).

La disposizione impone l'eliminazione generalizzata del direttore generale, senza distinzioni in relazione all'entità demografica dell'ente.

La figura del direttore generale, o *city manager*, è stata introdotta nell'ordinamento comunale come elemento di grande novità nella stagione delle riforme del 1997 dall'art. 6, co. 10, della l. 15.5.1997, n. 127 (*Bassanini bis*), ora art. 108 del TUEL, per assicurare una gestione moderna e manageriale dei servizi comunali, distante da vecchie logiche esclusivamente burocratiche. Al direttore generale compete infatti l'attuazione degli indirizzi e degli obiettivi stabiliti dagli organi di governo e la sovrintendenza alla gestione dell'ente, per il perseguimento di livelli ottimali di efficacia ed efficienza.

La presenza di tale figura, prevista come eventuale dall'ordinamento, nella realtà dei fatti, si è rivelata utile in alcuni casi, come ad esempio negli enti di maggiore complessità e dimensione e quando la scelta abbia effetti-

vamente privilegiato la professionalità; in altre realtà non ha raggiunto gli stessi risultati, sia per la minore complessità organizzativa da affrontare che per scelte basate più su logiche politiche che sulle reali competenze. Il dibattito sul mantenimento o meno di tale figura rappresenta senza dubbio un elemento di rilievo nel processo di riforma delle autonomie locali.

- soppressione dei consorzi di funzioni.

La norma introduce la soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali, facendo salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti, con assunzione delle funzioni già esercitate dai consorzi soppressi e delle relative risorse e con successione ai medesimi consorzi in tutti i rapporti giuridici e ad ogni altro effetto.

La soppressione non riguarda, comunque, i consorzi costituiti per l'erogazione di servizi in forma associata.

La gradualità delle misure di riduzione, legata ai rinnovi elettorali, consente di salvaguardare gli eventuali rapporti in essere (difensore civico, consiglieri circoscrizionali e direttore generale) fino al termine del mandato amministrativo. La soppressione, imposta dalla norma, opera infatti solo in concomitanza con le nuove elezioni.

1d) Cessazione finanziamento statale alle comunità montane.

Misura di immediata applicazione è invece quella contenuta nel co. 187, secondo il quale, a decorrere dall'anno 2010, lo Stato cessa di concorrere al finanziamento di tutte le comunità montane. Il problema del mantenimento delle comunità montane o della loro riduzione o eliminazione è da qualche tempo posto all'attenzione dell'opinione pubblica. Con la finanziaria si interviene eliminando il contributo statale al finanziamento delle stesse; lasciando così l'onere solo sulle regioni. Nelle more dell'attuazione della l. n. 42/2009 (legge-delega sul federalismo fiscale), si dispone inoltre che il 30 per cento delle risorse in precedenza destinate alle comunità montane è assegnato direttamente ai comuni montani. Si precisa, altresì che per comuni montani si intendono quelli in cui almeno il 75% del territorio si trovi al di sopra dei 600 metri

sopra il livello del mare.

Il parametro utilizzato da tale disposizione della finanziaria dovrà però fare i conti con un recentissimo pronunciamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 27/2010 depositata il 28.1.2010) che ha bocciato una disposizione simile contenuta nell'art. 76, co. 6 *bis* del d.l. n. 112/2008, introdotto dalla legge di conversione n. 133/2008 (manovra estiva 2008). La disposizione oggetto di censura, nel tagliare i trasferimenti statali per le comunità montane, aveva individuato quali destinatari prioritari dei tagli le comunità poste a un'altitudine media inferiore ai 750 metri sul livello del mare. Tale criterio, che non tiene conto delle "condizioni di maggiore o minore isolamento, di maggiore o minore difficoltà di comunicazione", è risultato, al vaglio della Consulta, esorbitante dai limiti della competenza statale e quindi in contrasto con l'art. 117 della Costituzione.

1f) Destinazione delle riduzioni di spesa.

Le riduzioni di spesa ottenute non rimangono nelle disponibilità del fondo per gli enti locali, ma confluiscono, ai sensi del co. 188, in altro fondo del ministero dell'economia (istituito dall'art.7 *quinquies* del d.l. n. 5/2009) diretto a fronteggiare interventi urgenti e indifferibili.

2) Modifiche introdotte dal d.l. n. 2/2010.

Le modifiche introdotte dal d.l. 25.1.2010, n. 2 (G.U. n. 20 del 26.1.2010), recante "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni", pur lasciando inalterata l'entità dei tagli per ciascuno dei tre anni considerati, rinvia al 2011 le riduzioni degli organi degli enti locali, con una diversa distribuzione dei tagli per il primo anno. Prima di analizzare le modifiche introdotte dal d.l. n. 2/2010 è opportuno far presente che le stesse modifiche hanno trovato collocazione, con apposito emendamento, anche all'interno del disegno di legge di conversione del d.l. n. 194/2009 (cosiddetto *mille proroghe*). Appare facile ipotizzare che una volta approvata la legge di conversione del decreto mille proroghe, se saranno mantenute le stesse disposizioni del d.l. n. 2/2010, non sarà più necessario convertire

anche tale ultimo decreto, che verrebbe pertanto abbandonato in quanto ormai inutile.

Salvo ulteriori modifiche che possano essere introdotte in sede di conversione del decreto legge (tanto del d.l. n. 194/2009 quanto del d.l. n. 2/2010), ad oggi il quadro della manovra delineato dalla finanziaria risulta così modificato:

2a) E' introdotta una moratoria per il solo anno 2010 nella riduzione degli organi ma rimane invariata la riduzione dei contributi statali, pertanto il peso dei tagli ai trasferimenti, per il primo anno, non grava più soltanto sugli enti nei quali si rinnovano le amministrazioni, ma vengono sostenuti da tutti gli enti locali, secondo la ripartizione che sarà operata da un decreto del ministero dell'interno, in proporzione alla popolazione residente.

2b) Rimane invece invariato il meccanismo disciplinato dalla finanziaria per i due anni successivi, ove il taglio dei contributi graverà solo sugli enti per i quali è previsto il rinnovo dei consigli; enti nei quali dovranno essere operative le soppressioni degli organi in concomitanza con la riduzione dei contributi ordinari.

2c) La riduzione del numero dei consiglieri, a partire dal 2011, non riguarda più soltanto i comuni, ma anche le province (art. 2), per le quali dovrà essere ridefinita, entro il 30.10.2010, la tabella delle circoscrizioni dei collegi, per renderla adeguata a detta riduzione del numero dei consiglieri provinciali.

2d) Nell'ottica del più generale principio di contenimento della spesa pubblica e di perequazione nelle retribuzioni degli eletti, il decreto (art. 3) introduce anche un tetto massimo al trattamento economico dei consiglieri regionali, che non potrà più eccedere, nel complesso di tutte le voci (indennità, diaria, rimborso spese, ecc...) l'indennità spettante ai membri del Parlamento. Tale limitazione entra in vigore già dal 2010 per le regioni nella quali si rinnovano i consigli: decorrere infatti dal primo rinnovo del consiglio regionale successivo alla data di entrata in vigore del decreto.

3) Previsioni contenute nella carta delle autonomie.

A conclusione di questa breve analisi è opportuno esaminare le misure introdotte nell'ordinamento dalla manovra finanziaria (legge finanziaria e decreto legge successivo) alla luce delle disposizioni che dovrebbero essere contenute nella "Carta delle Autonomie", almeno secondo il testo attualmente all'esame del Parlamento (atto camera n. 3118 "Individuazione delle funzioni fondamentali di province e comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, carta delle autonomie locali, razionalizzazione delle province e degli uffici territoriali del Governo. Riordino di enti ed organismi decentrati" presentato il 13.1.2010).

Se da un lato infatti tale testo conferma le misure già introdotte in finanziaria, dall'altro non elimina del tutto alcune figure, che oggi risultano soppresse, pur limitandole in genere alle realtà locali di maggiori dimensioni.

Nel dettaglio e sinteticamente, il quadro delineato dal disegno di legge, con riferimento alle fattispecie disciplinate dalla finanziaria, è il seguente:

- è soppressa la figura del difensore civico comunale, ma non quello provinciale; le funzioni del difensore civico comunale possono essere attribuite al difensore civico provinciale, che assume la denominazione di "difensore civico territoriale"(art.16);

- è confermata la cessazione del finanziamento statale direttamente alle comunità montane, che possono essere soppresse con leggi regionali (art. 17).

- possono essere istituite circoscrizioni di decentramento solo nei comuni con popolazione superiore a 250.000 abitanti (art. 18);

- è confermata la soppressione dei consorzi di funzioni tra enti locali; sono esclusi dalla soppressione i consorzi di servizi (art. 19);

- è prevista la riduzione del numero di consiglieri (art. 20) e assessori (art. 21) comunali e provinciali;

- è confermata la possibilità di delega del sindaco a consiglieri nei comuni fino a 3.000 abitanti, in alternativa alla nomina degli assessori (art. 23);

- è prevista la possibilità di nominare un direttore generale solo nei comuni con popolazione superiore a 65.000 abitanti (art. 28).

«.....GA.....»

FINANZIARIA 2010 E IL RUOLO DELLA CONSIP S.P.A.

degli Avv.ti Salvatore Napolitano e Andrea Drusin

Le norme introdotte dai coo. n. 225-227, dell'art. 2 della legge finanziaria 2010, prevedono che le "amministrazioni pubbliche" (ai sensi dell'art. 1, co. 2 del d. lgs 165/2001) e le "Amministrazioni aggiudicatrici di appalti di lavori servizi e forniture" (ai sensi dell'art. 3, co. 25 del codice degli appalti, approvato con il d. lgs 163/2006), possono fare ricorso, per l'acquisto di beni e servizi, agli accordi quadro stipulati da Consip S.p.A., o adottare, per gli acquisti di beni e servizi comparabili, i parametri prezzo-qualità rapportati a quelli fissati dagli accordi quadro. Come noto, la Consip S.p.A.¹, è un organismo a struttura societaria, che opera secondo gli indirizzi strategici stabiliti del ministero delle finanze che, con d.m. del 24.2.2000, ha conferito alla suddetta società, l'incarico di concludere per suo conto, e per conto delle altre pubbliche amministrazioni, le convenzioni di cui all'art. 26 della l. n. 488/1999. A tal fine la Consip S.p.A. ha assunto la funzione di amministrazione aggiudicatrice.

Attraverso la Consip S.p.A., dunque, il ministero dell'economia e delle finanze realizza la funzione di stipulare convenzioni in base alle quali le imprese fornitrici prescelte si impegnavano ad accettare, alle condizioni e prezzi in queste determinate, ordinativi di fornitura di beni e servizi deliberati dalle amministrazioni dello Stato sino alla concorrenza di quantitativi determinati.

Le funzioni affidate alla Consip, quale amministrazione aggiudicatrice al servizio

¹ Società costituita con la funzione di gestire il programma per la razionalizzazione degli acquisti da parte della PA, in qualità di stazione appaltante. Lo scopo perseguito dal suddetto programma, avviato con la legge finanziaria del 2000 (l. n. 488 del 1999), è quello di razionalizzare la spesa di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni, migliorando la qualità ed al contempo diminuendo i costi unitari, grazie soprattutto ad una specifica conoscenza dei mercati, ad una maggiore aggregazione della domanda e ad una trasparenza migliore delle procedure di approvvigionamento pubblico.

delle pubbliche amministrazioni, sono state ulteriormente ampliate dalla l. 28.12.2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) e dalla l. 27.12.2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), stabilendo in modo più puntuale l'ambito di obbligatorietà ad aderire alle convenzioni Consip. Con l'entrata in vigore della finanziaria 2004 (l. 24.12.2003, n. 350), le amministrazioni statali non hanno più l'obbligo di aderire alle convenzioni, ma solo la facoltà di ricorrervi ovvero di utilizzarne i parametri di prezzo-qualità per l'acquisto di beni e servizi comparabili con quelli oggetto di convenzionamento; è inoltre venuto meno l'obbligo, in caso di non adesione alle convenzioni Consip, di porre i prezzi Consip come base d'asta al ribasso negli acquisti effettuati in maniera autonoma dagli enti locali e la previsione che estendeva tale disciplina alle aziende degli enti medesimi; infine è stata prevista, con norma transitoria, la facoltà per le amministrazioni di decidere se continuare ad utilizzare o meno le convenzioni precedentemente stipulate dalla Consip S.p.A..

La legge finanziaria per il 2010, ha ridisegnato nuovamente il sistema di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni, assoggettando la Consip S.p.A. alla disciplina di riferimento in materia di accordi quadro (art. 59 del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) circa le modalità della loro conclusione e relativa applicazione².

² L'istituto dell'accordo quadro trae origine dalla prassi commerciale internazionale (*contrat cadre o framework agreement*), il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste. L'accordo quadro nasce sostanzialmente dall'esigenza di accorpate gli acquisti di beni omogenei aventi un carattere ripetitivo e costante nel tempo (beni di cancelleria, strumenti informatici arredi, etc.) in modo tale da risparmiare sugli oneri, anche economici, connessi ad un'ordinaria procedura d'appalto. Il contratto quadro, è un contratto di durata pluriennale, che consente con una procedura semplificata di scegliere il soggetto appaltatore. Esso viene stipulato tra un'amministrazione aggiudicatrice e

Il co. 225 della l. n. 191 del 23.12.2009, stabilisce a favore delle stesse amministrazioni che si avvalgono dell'attività della Consip, la possibilità alternativa per l'acquisto di beni e servizi comparabili, di adottare i parametri

più operatori economici, i quali vengono individuati sulla base delle offerte presentate e di criteri obiettivi, come qualità, pregio tecnico e prezzo. In un primo momento si individuano più contraenti, che formano una sorta di albo dei fornitori; in una fase successiva, in relazione alle concrete esigenze di approvvigionamento dell'amministrazione o di servizio con le imprese già individuate. L'alternativa a questo sistema è rappresentata dalla possibilità di procedere all'acquisto di beni e servizi al di fuori della convenzione ma gli stessi devono essere compatibili, con quelli dell'accordo quadro.

di qualità-prezzo previsti negli accordi quadro ex art. 59 d. lgs. n. 163/2006.

Viene fatto salvo, al successivo comma 226, quanto previsto dall'art. 26 l. n. 488/99, anche per le convenzioni stipulate a seguito della conclusione degli accordi quadro, secondo quanto previsto precedentemente.

A norma del co. 227, inoltre, le convenzioni possono essere stipulate anche in sede di aggiudicazione di appalti basati sugli accordi quadro conclusi dalla Consip S.p.A. (le convenzioni avrebbero una funzione di perfezionamento e completamento dell'accordo quadro) andando ad incidere in maniera positiva e significativa sui processi di acquisto pubblici.

«.....GA.....»

NOVITÀ SUL PUBBLICO IMPIEGO

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Art. 2, commi 16, 148 e 149

Art. 2 co. 16.

I rinnovi contrattuali (triennio 2010-2102) per il personale dipendente da amministrazioni, istituzioni ed enti pubblici diversi dall'amministrazione statale sono posti a carico dei rispettivi bilanci.

Art. 2, co. 148.

Le prestazioni di lavoro occasionale accessorio, ex d. lgs. 276/2003 (legge Biagi) e successive modificazioni e integrazioni, sono utilizzabili anche dagli Enti locali e possono essere rese anche da chi è disoccupato e percepisce un massimo di € 3.000,00, per anno solare, come assegno di disoccupazione (prima il limite era di € 5.000,00).

Specificamente:

- lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti;
- prestazioni afferenti manifestazioni sportive, culturali, fieristiche, caritatevoli e di lavori di emergenza (come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi) o di solidarietà;
- prestazioni svolte nei giorni del sabato e della domenica e durante i periodi di vacanza da parte dei giovani con meno di 25 anni di età regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un Istituto scolastico di ogni ordine e grado e compatibilmente con gli impegni scolastici, ovvero in qualunque periodo dell'anno se regolarmente iscritti ad un ciclo universitario.

Art. 2, co. 149.

Il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio da parte degli enti locali è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente normativa in materia di contenimento delle spese di personale e ove previsto dal patto di stabilità interno.

Il ricorso alle forme di lavoro flessibile da

parte degli enti locali è ammesso solo per fare fronte ad esigenze temporanee e straordinarie dell'ente medesimo che non può gestirle con la propria dotazione organica.

Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, l'art. 17, co. 26, l. 3.8.2009, n. 102 (che modifica il d. lgs. 30.3.2001, n. 165 coordinato e aggiornato dal d. lgs. 27.10.2009, n. 150 di attuazione della l. 4.3.2009, n. 15) impone alle amministrazioni che utilizzano tipologie di lavoro flessibile l'obbligo di redigerne un analitico rapporto informativo, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la PA e l'Innovazione e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Entro il successivo 31 gennaio di ciascun anno, tali rapporti informativi dovranno essere trasmessi ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al d.lgs. 30.7.1999, n. 286, nonché al dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri che redige una relazione annuale al Parlamento. Le PA comunicano, nei modi e nei tempi appena indicati, anche le informazioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

Al dirigente che ha posto in essere irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile, non verrà erogata la retribuzione di risultato.

La richiamata l. 102/2009 lascia invariato quanto in precedenza disposto dal novellato d. lgs. 30.3.2001, n. 165, che prevede come per effetto della violazione, da parte dei pubblici amministratori, delle disposizioni imperative relative all'assunzione o all'impiego di lavoratori, non consegue la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la medesima PA. Il lavoratore utilizzato in violazione delle disposizione imperative, ha diritto al risarcimento del danno. Le somme a tale titolo corrisposte al lavoratore dovranno essere obbligatoriamente recuperate dalla PA

nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la loro violazione sia stata posta in essere con dolo o colpa grave.

Sussiste inoltre, in capo ai dirigenti che operano in violazione delle disposizioni che precedono, la responsabilità ai sensi dell'art. 21 d. lgs. 165/01 (per come aggiornato e modificato dall'art. 41, lett. b, d. lgs. 150/09) per il mancato raggiungimento degli obiettivi e per l'inosservanza delle direttive imputabile

al dirigente. Da ciò consegue, oltre alla responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. Nei casi più gravi può essere revocato l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'art. 23 del medesimo d. lgs. 165/01, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

«.....GA.....»

URBANISTICA: LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE FINANZIARIA

della Dott.ssa Rosaria Salerni

Co. 191. "Ai sensi di quanto previsto dall'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del protocollo d'intesa corredato dello schema dell'accordo di programma, di cui al co. 190, costituisce autorizzazione alle varianti allo strumento urbanistico generale, per le quali non occorre la verifica di conformità' agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni, salva l'ipotesi in cui la variante comporti variazioni volumetriche superiori al 30 per cento dei volumi esistenti. Per gli immobili oggetto degli accordi di programma di valorizzazione che sono assoggettati alla disciplina prevista dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22.1.2004, n. 42, e' acquisito il parere della competente soprintendenza del ministero per i beni e le attività culturali, che si esprime entro trenta giorni."

L'art. 58 d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6.8.2008, n. 133 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 340 del 16.12.2009.

Per chiarezza espositiva è opportuno premettere una breve ricognizione del contenuto dell'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6.8.2008, n. 133, che la disposizione in commento richiama espressamente.

L'art. 58 sopra citato, ai coo. 1 e 2, prevede che "Per procedere al riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di regioni, province, comuni e altri enti locali, ciascun ente con delibera dell'organo di Governo individua, redigendo apposito elenco, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso i propri archivi e uffici, i singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione. Viene così redatto il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione. 2. L'inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne dispone espressamente la destinazione urbanistica; la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni costituisce variante allo strumento urbanistico generale. Tale variante, in quanto relativa a singoli immobili, non necessita di verifiche di conformità agli even-

tuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni. La verifica di conformità è comunque richiesta e deve essere effettuata entro il termine perentorio di 30 giorni dalla data di ricevimento della richiesta, nei casi di varianti relative a terreni classificati come agricoli dallo strumento urbanistico generale vigente, ovvero nei casi che comportano variazioni volumetriche superiori al 10 per cento dei volumi previsti dal medesimo strumento urbanistico vigente".

Una interpretazione letterale della disposizione conduce a ritenere che si tratti di una norma che affida agli enti locali la formazione degli elenchi in essa previsti, sulla base di valutazioni demandate agli enti medesimi, con lo scopo di favorire su tutto il territorio nazionale l'individuazione di immobili suscettibili di «valorizzazione ovvero di dismissione», nella prospettiva di permettere il reperimento di risorse economiche e quindi di ottenere l'incremento delle entrate locali.

Tale previsione legislativa è stata sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale dal Giudice delle leggi, che, attraverso la sentenza n. 340 del 16.12.2009, ne ha dichiarato la parziale incostituzionalità.

Il ragionamento seguito dai giudici di legittimità è semplice e lineare.

La norma censurata stabilisce che «L'inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne dispone e-

spressamente la destinazione urbanistica; la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni costituisce variante allo strumento urbanistico generale. Tale variante, in quanto relativa a singoli immobili, non necessita di verifiche di conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni. La verifica di conformità è comunque richiesta e deve essere effettuata entro un termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta, nei casi di varianti relative a terreni classificati come agricoli dallo strumento urbanistico generale vigente, ovvero nei casi che comportano variazioni volumetriche superiori al 10 per cento dei volumi previsti dal medesimo strumento urbanistico vigente».

Ad avviso della Corte Costituzionale, “*ancorché nella ratio dell’art. 58 siano ravvisabili anche profili attinenti al coordinamento della finanza pubblica, in quanto finalizzato alle alienazioni e valorizzazioni del patrimonio immobiliare degli enti, non c’è dubbio che, con riferimento al co. 2 qui censurato, assuma carattere prevalente la materia del governo del territorio, anch’essa rientrando nella competenza ripartita tra lo Stato e le regioni, avuto riguardo all’effetto di variante allo strumento urbanistico generale, attribuito alla delibera che approva il piano di alienazione e valorizzazione.*”

Ciò detto, bisogna considerare che la nuova stesura dell’art. 117, co. 3, ultimo periodo, cost., nelle materie attinenti “*il governo del territorio*” ha riservato allo Stato soltanto il potere di fissare i principi fondamentali, spettando alle regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio. *La relazione tra normativa di principio e normativa di dettaglio va intesa nel senso che alla prima spetta prescrivere criteri ed obiettivi, essendo riservata alla seconda l’individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi (ex plurimis: C. cost. sentenze nn. 237 e 200 del 2009).*

Il dato testuale dell’art. 58, stabilendo l’effetto di variante sopra indicato ed escludendo che la variante stessa debba essere sottoposta a verifiche di conformità, con l’eccezione dei casi previsti nell’ultima parte

della disposizione (la quale pure contempla percentuali volumetriche e termini specifici), introduce, chiaramente una disciplina che non è finalizzata a prescrivere criteri ed obiettivi, ma si risolve in una normativa dettagliata che non lascia spazi d’intervento al legislatore regionale, ponendosi così in contrasto con il menzionato parametro costituzionale (C. cost. sentenza n. 401 del 2007).

Per tali ragioni, la Corte costituzionale ha provveduto a dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 58, co. 2, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133 del 2008, per contrasto con l’art. 117, co. 3, cost., salvando, però da tale declaratoria, la proposizione iniziale del co. 2, secondo cui «*L’inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne dispone espressamente la destinazione urbanistica*». Tale esclusione si rileva per il fatto che, “*mentre la classificazione degli immobili come patrimonio disponibile è un effetto legale conseguente all’accertamento che si tratta di beni non strumentali all’esercizio delle funzioni istituzionali dell’ente, la destinazione urbanistica va ovviamente determinata nel rispetto delle disposizioni e delle procedure stabilite dalle norme vigenti*”.

Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 340 del 16.12.2009.

La decisione del Giudice delle leggi consente una permanenza dell’impianto generale delineato dall’art. 58 e quindi:

1) regioni, province, comuni e altri enti locali, con deliberazioni dei rispettivi organi consiliari, redigono il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione che consiste in un apposito elenco, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso i propri archivi e uffici, dei singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all’esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dissemissione;

2) l’inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne dispone espressamente la destinazione urbanistica nel

rispetto delle disposizioni e delle procedure stabilite dalle norme vigenti.

La Corte costituzionale elide, tuttavia, i contenuti di dettaglio della disposizione, non consentendo che l'inserimento nel piano e la previsione della destinazione urbanistica costituiscano immediatamente variante allo strumento urbanistico generale, come originariamente previsto dalla seconda parte del co. 2, dichiarato incostituzionale. (*“la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni costituisce variante allo strumento urbanistico generale. Tale variante, in quanto relativa a singoli immobili, non necessita di verifiche di conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni (...)”*).

Per gli enti territoriali, le ricadute di siffatta interpretazione sono di notevole rilievo: nel rispetto della *ratio* della previsione dell'art. 58, in cui si ravvisano chiaramente profili attinenti al coordinamento della finanza pubblica – materia di competenza statale – in quanto finalizzato alle alienazioni e valorizzazioni del patrimonio immobiliare degli enti, si sarebbe reso indispensabile per le singole regioni procedere ad adottare con urgenza i necessari atti di indirizzo, al fine di disciplinare in modo rapido e semplificato la verifica e l'approvazione delle deliberazioni comunali, attraverso una procedura idonea a verificare esclusivamente *“la conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni”*.

Le ricadute pratiche della decisione della Corte costituzionale, sarebbero, dunque, state rilevanti soprattutto per i bilanci degli enti locali in caso di ritardi nei provvedimenti regionali, in particolare per quei comuni e province che avevano già approvato il piano delle alienazioni, ai sensi e con gli effetti previsti dall'art. 58, allegato al bilancio di previsione 2009 o 2010 e ancor di più per quegli enti che avevano già provveduto ad alienare immobili valorizzati ai sensi del medesimo art. 58 e che avrebbero potuto trovarsi esposti a prevedibili contenziosi.

In seguito a tale pronuncia non era, pertanto, peregrino domandarsi come avrebbero dovuto comportarsi gli amministratori locali.

Orbene l'art. 136 della costituzione prevede che *“quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”*; e l'art. 30 della l. 11.3.1953 n. 87 disciplina ulteriormente gli effetti della pronuncia di illegittimità costituzionale.

La Corte di Cassazione ha più volte ribadito che le pronunce di accoglimento della Corte costituzionale hanno effetto retroattivo, inficiando sin dall'origine la validità e l'efficacia della norma dichiarata contraria alla costituzione, fatto salvo il limite delle situazioni giuridiche *“consolidate”* per effetto di eventi che l'ordinamento giuridico individua come idonei a produrre tale effetto, quali le sentenze passate in giudicato, l'atto amministrativo non più impugnabile, la prescrizione e la decadenza”.

Pertanto quando un ente o un'amministrazione dello Stato revoca un atto ormai perfetto valido ed efficace basandosi sull'assunto che l'atto risulta essere in vigore in base ad una norma incostituzionale, è possibile ricorrere al giudice amministrativo per l'annullamento del provvedimento, nonostante che l'atto stesso risulti avere tali requisiti sin dall'inizio o li abbia acquisiti nel corso del tempo e, comunque, prima della sentenza d'incostituzionalità ovvero, in caso di vizi, quest'ultimi non siano stati fatti valere nella sede opportuna rispettando i modi e i tempi dell'impugnazione.

Una legge, dunque, anche se dichiarata incostituzionale, continua ad esplicare i suoi effetti per quei rapporti costituitisi prima della sentenza della Corte costituzionale, mentre non potrà più trovare applicazione per i rapporti non ancora costituiti o in corso di perfezionamento.

Dal punto di vista pratico, dunque, per le deliberazioni già adottate ed efficaci non si sarebbero posti e non si pongono, particolari problemi, che, invece, si sarebbero avuti per gli atti in *itinere* o di prossima adozione.

Il quadro normativo, però, muta.

All'indomani della sentenza della Corte Cost. n. 340/2009 interviene il co. 191 della legge finanziaria 2010, che nel suo *incipit* ri-

chiama, appunto, la norma oggetto della pronuncia di incostituzionalità.

La soluzione prospettata dal co. 191 della legge finanziaria (191/2009).

La soluzione a tale *gap* normativo pare potersi rinvenire nella previsione contenuta nel co. 191 della finanziaria del 2010, la cui interpretazione, tuttavia, suscita non poche perplessità.

Tale norma prevede che *la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del protocollo d'intesa corredato dello schema dell'accordo di programma (...) costituisce autorizzazione alle varianti allo strumento urbanistico generale, per le quali non occorre la verifica di conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni.*

La *ratio* della disposizione resta quella di prevedere normativamente la possibilità di operare in variante automatica prescindendo – salvo che in alcune ipotesi – dalla verifica di conformità con la pianificazione di livello sovraordinato, accentuando il ruolo dei comuni.

Va, in primo luogo, interpretato il rinvio che il co. 191 fa al co. 190, il quale riguarda la disciplina giuridica degli immobili militari “*dismessi*” e dispone che essi possano formare oggetto di accordo di programma di valorizzazione tra il ministero della difesa e i comuni. Si tratta evidentemente di una disciplina *ad hoc*, dettata per una particolare categoria di beni.

Un'interpretazione letterale suggerirebbe, difatti, che la disciplina in commento, sia applicabile e riferibile esclusivamente a tale tipologia di beni che, data la loro specialità, e la eccezionalità della situazione emergenziale che interessa il comparto, verrebbero sottoposti a un *iter* procedurale “*semplificato*”, onde consentire una smobilizzazione immediata di risorse finanziarie da destinare al alloggi e strutture per le forze militari. Tale esegesi, comporterebbe una duplicità di “*effetti collaterali*” di notevole spessore: lascerebbe un enorme vuoto normativo, determinato dalla dichiarazione di incostituzionalità della seconda parte dell'art. 58, rendendo di fatto impossibile, per gli enti locali procedere alla dismissione e/o alienazione del proprio patri-

monio immobiliare, creando, conseguentemente, una paralisi per quelle alienazioni o vicende il cui *iter* non è ancora concluso. Si tratterebbe, sostanzialmente, di una disposizione incoerente e di fatto inapplicabile. Non pare, tuttavia, pensabile che il rinvio al co. 190 sia relativo all'oggetto specifico di detta norma e comporti l'applicabilità delle procedure prevista dal co. 191 alle sole procedure riguardanti i beni militari. L'ambito di applicazione del co. 191 va rideterminato, necessariamente, per effetto del rinvio operato all'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6.8.2008, n. 133, richiamo che altrimenti resterebbe privo di senso alcuno.

Il senso del richiamo non può che essere letto, pertanto, come una soluzione ai problemi generati dalla pronuncia di incostituzionalità che ha riguardato – come dianzi spiegato – l'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112.

L'interpretazione preferibile, se si vuole salvare la norma da ulteriori profili di incostituzionalità, ovvero, ciò che è peggio, dalla inapplicabilità delle sue disposizioni, è considerare il rinvio al co. 190, come un mero rinvio procedurale.

Siffatta interpretazione pare poter consentire il superamento delle censure di incostituzionalità, tenendo fermo il principio del necessario coinvolgimento a monte di tutti gli enti interessati nella vicenda attraverso la predisposizione di un accordo di programma, che dovrà avere, evidentemente, come oggetto specifico una determinata variante, da allegare al protocollo di intesa oggetto di approvazione da parte del consiglio comunale. Nell'apparenza la forma viene salvata, in quanto l'autorizzazione alle varianti allo strumento urbanistico generale, viene conferita attraverso la partecipazione procedurale degli enti interessati all'accordo di programma, ma nella sostanza la disposizione non consente una valutazione lineare e univoca.

In tal modo gli immobili inseriti dal comune negli appositi elenchi previsti dall'art. 58 della l. 133/2008, diventano – dunque – oggetto di un accordo di programma di valorizzazione che vale a legittimarne non solo le varianti allo strumento di pianificazione generale, ma serve anche ad evitare la verifica di

conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni.

L'esigenza di una preventiva verifica di conformità agli strumenti di pianificazione sovraordinati è, invece, richiesta nelle ipotesi in cui la variante *comporti variazioni volumetriche superiori al 30 per cento dei volumi esistenti*.

La disposizione, rispetto alla stesura dell'art. 58, prevede un aumento di volumetrie si passa dal 10 per cento, precedentemente previsto come limite oltre il quale la verifica di conformità era dovuta, al 30 per cento, ma non si dice quali siano i tempi entro cui la richiesta debba essere evasa. Per colmare la lacuna, ancora una volta, si deve far ricorso alla disposizione richiamata dalla normativa in commento. L'art. 58 citato dispone, infatti, che tale verifica *di conformità è richiesta e deve essere effettuata entro un termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta, nei casi di terreni classificati come agricoli dallo strumento urbanistico generale vigente, ovvero nei casi che comportano variazioni volumetriche superiori al 30 per cento (e non più al 10 per cento) dei volumi previsti dal medesimo strumento urbanistico vigente*.

Correttamente viene previsto un regime normativo diverso per gli immobili tutelati dal codice dei beni culturali e del paesaggio.

L'ultima parte del co. 191, sottolinea che *“Per gli immobili oggetto degli accordi di programma di valorizzazione che sono assoggettati alla disciplina prevista dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22.1.2004, n. 42, è acquisito il parere della competente soprintendenza del ministero per i beni e le attività culturali, che si esprime entro trenta giorni”*.

Data la brevità dell'indagine richiesta non è in questa sede possibile esaminare le molteplici problematiche che emergono dalla lettura dell'ultima parte delle disposizione, la quale riguarda tematiche controverse e ampiamente dibattute in materia di beni culturali e paesaggistici.

Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra esposto si può ri-

tenere che ai sensi del co. 191 della legge finanziaria n. 191 del 2009, che richiama espressamente l'art. 58 del d.l. 12/2008, convertito in l. 133/2008, dichiarato parzialmente incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 340/2009:

1) regioni, province, comuni e gli altri enti locali, con deliberazione consiliare, redigono il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione;

2) gli enti di cui al punto 1) inseriscono nel piano un apposito elenco, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso i propri archivi e uffici, dei singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione;

3) l'inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile;

4) contestualmente all'inserimento nel piano, la deliberazione dispone espressamente la destinazione urbanistica di ogni singolo immobile da valorizzare ovvero da dismettere;

5) qualora la destinazione urbanistica disposta per il singolo immobile costituisca variante allo strumento urbanistico generale, è necessario – ai fini dell'efficacia definitiva della variante – che si proceda a stipulare, preliminarmente, un accordo di programma con le amministrazioni interessate, che avrà come oggetto specifico la suddetta variante;

6) la deliberazione comunale di approvazione del protocollo d'intesa corredato dallo schema dell'accordo di programma stipulato con le amministrazioni interessate, costituisce *ex se* autorizzazione alle varianti allo strumento urbanistico generale, per le quali non occorre la verifica di conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni, salva l'ipotesi in cui la variante comporti variazioni volumetriche superiori al 30 per cento dei volumi esistenti e ferma restando la necessità di acquisire il parere della competente sovrintendenza, qualora i beni ricadano nell'ambito di applicazione del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22.1.2004, n. 42. Al riguardo va precisato che:

a) è da considerare comunque ammissibile l'adozione della variante specifica adottata dall'ente locale ai sensi dell'art. 58 del d.l. 112/2008 anche se non espressamente prevista in tale forma dalla vigente normativa regionale; la legittimazione ad indicare espressamente la destinazione urbanistica di ogni singolo immobile da valorizzare ovvero da dismettere è attribuito all'ente locale dall'art. 58, co. 2, nella parte ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte, tenendo conto del fatto che nella *ratio* dell'art. 58 sono ravvisabili anche profili attinenti al coordinamento della finanza pubblica, in quanto finalizzato alle alienazioni e valorizzazioni del patrimonio immobiliare degli enti.

7) E' fatta salva la legittimità degli atti di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari adottate dagli enti locali già perfezionati ed efficaci, comprensivi dell'indicazione espressa della destinazione urbanistica.

8) Gli atti in itinere, di prossima adozione o non ancora perfezionati ed efficaci, vanno assoggettati alla procedura richiamata dal co. 191. Va sottolineato con forza, a conclusione di questo breve commento, che la disposizione emendata, si salva dall'incostituzionalità solo se si considera come obbligatorio e necessario che all'accordo partecipino tutte le amministrazioni il cui parere di conformità sia stato pretermesso dalla nuova disciplina.

«.....GA.....»

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LIMITI AI COMPENSI PER LA PARTECIPAZIONE ALLA CONFERENZA DEI CAPIGRUPPO

Ai componenti della conferenza dei capigruppo non si applica la norma di dell'art. 82, co. 2 del TUEL (d. lgs. n. 267 del 2000), inerente il diritto dei consiglieri comunali, provinciali, circoscrizionali e delle comunità montane a percepire gettoni di presenza per la partecipazione a consigli e commissioni.

Così si è espressa la Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Toscana, nel parere n. 362 dell'11.11.2009.

L'art. 82, co. 2, del TUEL, prevede che “i consiglieri comunali, provinciali, circoscrizionali e delle comunità montane hanno diritto a percepire, nei limiti fissati dal presente capo, un gettone di presenza per la partecipazione a consigli e commissioni. In nessun caso l'ammontare percepito nell'ambito di un mese da un consigliere può superare l'importo pari ad un quarto dell'indennità massima prevista per il rispettivo sindaco o presidente in base al decreto di cui al co. 8. Nessuna indennità è dovuta ai consiglieri circoscrizionali”.

Il successivo art. 83, co. 2, statuisce: “salve le disposizioni previste per le forme associative degli enti locali, gli amministratori locali di cui all'art.77, co. 2, non percepiscono alcun compenso, tranne quello dovuto per spese di indennità di missione, per la partecipazione ad organi o commissioni comunque denominate, se tale partecipazione è connessa all'esercizio delle proprie funzioni pubbliche”.

Tale disposizione si riferisce ai casi in cui il consigliere comunale venga chiamato a far parte di organi o commissioni diverse da quelle indicate nell'art. 82, ma che siano connesse all'esercizio delle proprie funzioni pubbliche, come nel caso in esame, in cui la partecipazione alla conferenza dei capigruppo trovi in questa qualità la ragione del suo conferimento.

La sezione regionale conclude che “dal combinato disposto delle due norme non si desume la possibilità che il criterio più favorevole contenuto nell'art. 82, co.2, sia in qualche modo estensibile a casi diversi da quelli dalla stessa puntualmente elencati, ma, al contrario, può desumersi la volontà del legislatore di introdurre un criterio di onnicomprensività dei compensi percepiti da consiglieri degli enti locali (art. 83, co. 2) e la conseguente tassatività dei casi in cui si matura il diritto a percepire il gettone di presenza che, ai sensi dell'art. 82, si riferisce esplicitamente alla “partecipazione a consigli e commissioni”, ai quali la conferenza dei capigruppo non può analogicamente essere assimilata, oltre che per interpretazione letterale della norma di cui all'art. 82, anche per la natura della funzione esercitata” (Red. Nicoletta Tradardi).

«..... GA.....»

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E CONTABILE IN MATERIA DI INTERNA CORPORIS DEI CONSIGLI REGIONALI E POTERI

L'insindacabilità dei deputati regionali concerne qualsivoglia funzione loro conferita



dalla Costituzione e dalle fonti normative cui essa rinvia, quand'anche essa assuma «forma amministrativa», poiché il criterio di delimitazione dell'immunità consiliare non sta nella forma amministrativa degli atti [...], bensì nella fonte attributiva delle funzioni stesse. Sono coperte dall'immunità le funzioni amministrative attribuite al consiglio regionale in via immediata ed esclusiva dalla Costituzione e da leggi dello Stato.

Così si è espressa la C. cost. nella sentenza del 18.12.2009, n. 337.

L'Assemblea regionale siciliana, non diversamente dai consigli regionali, soggiace all'esercizio del potere di indagine attribuito alla Procura contabile previsto dall'art. 74 del r.d. n. 1214 del 1934. Infatti, deroghe alla giurisdizione comune «sono ammissibili soltanto nei confronti di organi immediatamente partecipi del potere sovrano dello Stato, e perciò situati al vertice dell'ordinamento, in posizione di assoluta indipendenza e di reciproca unità»: tale non è la posizione dell'Assemblea regionale, cui compete una sfera costituzionalmente protetta non già di sovranità, ma di autonomia.

Quando, pertanto, le Commissioni permanenti dell'Assemblea regionale esercitano funzioni amministrative non riconducibili a forme di autoorganizzazione, esse debbono ritenersi soggette al potere istruttorio attribuito alla Procura contabile dall'art. 74 del r.d. n. 1214 del 1934.

L'insindacabilità dei deputati regionali concerne qualsivoglia funzione loro conferita dalla Costituzione e dalle fonti normative cui essa rinvia, quand'anche essa assuma «forma amministrativa», poiché il criterio di delimitazione dell'immunità consiliare non sta nella forma amministrativa degli atti, bensì nella fonte attributiva delle funzioni stesse. Sono coperte dall'immunità le funzioni amministrative attribuite al consiglio regionale in via immediata ed esclusiva dalla Costituzione e da leggi dello Stato. Non sono, per contro, coperte dall'immunità eventuali altre funzioni amministrative, attribuite al consiglio dalla normativa regionale.

Occorre distinguere l'area insindacabile, riferita alle funzioni legislative, di indirizzo politico e di controllo, di autoorganizzazione in-

terna, nonché a quelle aggiuntive determinate dal legislatore nazionale, un'area invece pienamente sindacabile, costituita dalle altre e diverse funzioni amministrative, determinate dalle varie fonti regionali. Con un ragionamento valevole anche per le regioni ad autonomia speciale, nessuna fonte regionale può introdurre nuove cause di esenzione dalla responsabilità penale, civile o amministrativa, trattandosi di materia riservata alla competenza esclusiva del legislatore statale, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. 1), Costituzione (*Red. Nicoletta Tradardi*).

«..... GA.....»

AUTOTUTELA. RIAPERTURA DEL PROCEDIMENTO DI GARA E COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO

La riapertura del procedimento di gara ai fini dell'esercizio del potere di autotutela volto ad eliminare illegittimità precedentemente verificatesi non costituisce un nuovo procedimento amministrativo, essendo unico il procedimento di gara per la scelta del contraente nei pubblici appalti che ha inizio con il bando di gara e si conclude solo con l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che non è necessaria la comunicazione della riapertura del procedimento di gara e delle successive attività della commissione ma solo la comunicazione della data in cui la commissione procede al riesame.

Così si è espresso il CdS, con sentenza del 12.11.2009, n. 7042, la quale richiama una precedente pronuncia, Sez. IV, 5.10.2005, n. 5360.

L'insussistenza di un obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento (ai concorrenti) nel caso di riesame delle precedenti determinazioni assunte dalla commissione di gara circa l'ammissione di alcuni concorrenti, trova un limite nell'ipotesi in cui sia già intervenuto il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Tale comunicazione non va confusa con l'obbligo di comunicare la data di nuova convocazione della commissione, indispensabile ai fini del rispetto dei principi di pubblicità e

trasparenza che presiedono allo svolgimento delle pubbliche gare (Red. Nicoletta Tradardi).

«..... GA.....»

POTERI DEGLI ENTI LOCALI

In tema di rinnovo di concessioni amministrative, il comune può sempre procedere ad una nuova valutazione degli interessi pubblici sottesi, in termini sia di legittimità che di merito; ciò, a maggior ragione, nelle ipotesi in cui il legislatore abbia escluso un rinnovo automatico

Il principio è stato espresso dal TAR Puglia, Le, I, n. 2570 del 5.11.2009, con riferimento ad ipotesi di rinnovo di concessioni demaniali marittime, la cui competenza è devoluta, dalla legislazione regionale pugliese, ai comuni (Red. Nicoletta Tradardi).

«..... GA.....»

ART. 2 CO. 186 - LEGGE FINANZIARIA

Nella notte tra il 4 e il 5 dicembre, in Commissione Bilancio della Camera, è stato presentato e approvato, il maxi emendamento che ha modificato i co. 183-184-185 e completamente stravolto il co. 186 del famoso art. 2 (Disposizioni diverse). Nei primi tre commi citati si opera l'ennesimo taglio ai trasferimenti agli enti locali; taglio leggero per il 2010, ma pesantissimo nei due anni a seguire. Si prevede poi una riduzione del numero dei consiglieri comunali e provinciali, invero abbastanza più blanda di quella definita dalle precedenti versioni (un 20% in meno), nonché una conseguente riduzione degli assessori a non più di un quarto dei consiglieri per i comuni e non più di un quinto per le province. Dal tenore della manovra anzidetta, si evince in concreto una dissonanza con la Carta delle autonomie appena approvata in Consiglio dei Ministri che lascia intravedere, a torto o a ragione, un sottile effetto di limitazione delle autonomie locali. Ma è nel co. 186 che appare abbastanza evidente una sostanziale disistima per l'autonomia degli enti locali. All'uopo, si riporta di seguito il testo in-

tegrale dell'attuale versione: 186. In relazione alle riduzioni del contributo ordinario di cui al co. 183 i comuni devono altresì adottare le seguenti misure:

- a) soppressione della figura del difensore civico di cui all'articolo 11 del Testo unico;*
- b) soppressione delle circoscrizioni di decentramento comunale di cui all'art. 17 del TUEL;*
- c) possibilità di delega da parte del sindaco dell'esercizio di proprie funzioni a non più di due consiglieri, in alternativa alla nomina degli assessori, nei comuni con popolazione non superiore a 3.000 abitanti;*
- d) soppressione della figura del direttore generale;*
- e) soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali, facendo salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti, con assunzione delle funzioni già esercitate dai consorzi soppressi e delle relative risorse e con successione ai medesimi consorzi in tutti i rapporti giuridici e ad ogni altro effetto.*

Alla luce di tanto, di fatto si procede alla eliminazione di importanti presidi democratici; le circoscrizioni, dette anche quartieri o municipi a seconda di come questi organi di partecipazione sono stati chiamati nelle varie città; i difensori civici, con buona pace di quella consistente fetta di cittadini che tutt'ora ne decanta la valenza; i consorzi di funzioni tra enti locali, senza operare differenza alcuna tra quelli efficienti e quelli che non lo sono stati; i direttori generali la cui abolizione riteniamo meriti, a nostro avviso, una particolare considerazione. L'introduzione della figura del direttore generale è stata fino ad ora una libera scelta dell'ente locale (Comune, provincia, unione di comuni): abolirne la possibilità (come per altro imporla) per legge, rovescia totalmente il modello organizzativo che ogni autonomia locale ha individuato, sminuendo le prerogative di autonomia organizzativa degli enti locali; i direttori generali sono ad oggi meno di duecento e si sono autoregolati attraverso percorsi certificati di accreditamento; la loro introduzione ha voluto dire molto spesso introduzione di criteri di managerialità, di professionalità, di programmazione, di reale orientamento ai risultati; è stato, peraltro, dimostrato che esiste



una spiccata correlazione tra l'introduzione di tale figura e la collocazione dell'ente nella fascia di eccellenza di tutte le classifiche per efficienza e per efficacia delle politiche; inoltre, il dualismo tra una figura di gestione (il direttore generale) e una figura di controllo di legittimità (il segretario generale) può collocarsi in un'ottica di sana amministrazione. Ciò nonostante non si può sottovalutare, né sottacere, l'effetto sicuramente positivo di tali modifiche, nell'ottica certamente positiva di una riduzione dei costi e di uno snellimento burocratico. Nessuno nega la difficoltà della condizione economica attuale, nessuno nega

la necessità dei risparmi, e di tagli lineari e imposizioni prescrittive; pur tuttavia, si auspica che si sappia distinguere i buoni dai cattivi, gli efficienti, dagli inefficienti, sulla base dei risultati raggiunti.

Del pari, confidiamo in una attenzione del legislatore affinché tale manovre non si traducano in un effetto frenante della partecipazione democratica dei cittadini in un Paese come il nostro in cui si registra già una disaffezione alla cosa pubblica. (per l'approfondimento del tema vedasi il focus sulla finanziaria) (Red. Pamela Rossi e Sonia De Sanctis).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ENTI LOCALI E NOZIONE DI RAPPORTO FIDUCIARIO

dell'Avv. Nicoletta Tradardi

Il Consiglio di Stato precisa il significato di "rapporto fiduciario" e l'ambito di operatività dello spoils system

Una recente sentenza (Sez. V, n. 6691 del 2009) consente al Consiglio di Stato di precisare il significato del "rapporto fiduciario" intercorrente fra il comune ed i suoi rappresentanti presso enti ed istituzioni.

Nella fattispecie, il neo - eletto sindaco di un comune veneto aveva provveduto a revocare i rappresentanti dell'amministrazione presso un istituto di assistenza e beneficenza (ipab), nominandone altri, aderenti alla nuova maggioranza politica.

Gli amministratori "revocati" hanno incardinato il giudizio che si concluso con la sentenza in commento.

In essa, i Giudici di Palazzo Spada hanno, innanzitutto, chiarito che, ai sensi dell'art. 117, co. 4 della Costituzione, la regione è titolare di una potestà legislativa esclusiva in materia di enti assistenziali pubblici. La regione Veneto nell'esercizio del proprio potere legislativo, ha statuito che la competenza a revocare gli amministratori comunali presso enti ed istituzioni non spetta al comune, ma alla regione. Di conseguenza, conclude il CdS, in questa regione non si applica l'art. 50, co. 8 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, in forza del quale, sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio, il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni.

La pronuncia, tuttavia, ed è il profilo di maggior interesse ai nostri fini, si sofferma sulla esatta interpretazione della norma da ultimo richiamata.

Il tema della decadenza automatica ha dapprima trovato risposta positiva nella deci-

sione del CdS V, 28.1.2005, n. 178; l'indirizzo - osserva la pronuncia in commento - è da ritenersi superato dai rilievi espressi dalla C. cost. con sentenza n. 104 del 2007, nella quale si sancisce il principio generale che la cessazione anticipata da un incarico avviene in seguito all'accertamento dei risultati conseguiti e nel rispetto del giusto procedimento, poiché il perseguimento dell'interesse connesso alla scelta delle persone più idonee all'esercizio della funzione pubblica deve avvenire indipendentemente da ogni considerazione per gli orientamenti politici.

Rapporto fiduciario, infatti, non vuol dire coincidenza di orientamento politico o, addirittura, di opinione politica, essendo ben evidente che tale relazione si deve misurare nel campo delle scelte concrete e nella adesione o meno agli indirizzi amministrativi e di gestione dell'ente di riferimento.

La pronuncia della C. cost. sopra indicata richiede, al fine di procedere ad una loro sostituzione, la necessità di valutare in concreto (cioè sulla base dei contegni e delle scelte gestionali) l'attività degli amministratori di un ente dipendente, nominati da un comune.

Il CdS precisa come "sia venuta meno la logica della decadenza automatica, che presuppone il sistema "predatorio" nel rinnovo delle cariche pubbliche, meglio noto come "spoils system". Le osservazioni della Corte costituzionale a proposito della metodica appena citata confermano che il sistema predatorio, recepito dall'ordinamento pubblico statunitense, non si accorda con le tradizioni, le regole, le prassi e finanche i criteri comportamentali prevalenti nel nostro Paese, nonostante i tentativi, peraltro sporadici e asiste-



matici, di introdurlo nel contesto nazionale. Va al riguardo riaffermato come la regola dello spoils system non possa essere applicata al di là delle specifiche previsioni di legge, tra le quali non rientra la vicenda in esame. La regola "winner take all" comporta, in altri ordinamenti, la sostanziale sostituzione dell'intero apparato di staff e di line e, a cascata, di molte posizioni intermedie e talora di rango ancor meno elevato: tutto questo non è certo praticabile in un ordinamento come il nostro, qualificato da sostanziale tutela delle situazioni in atto e delle strutture nel complesso considerate". Per applicare simili criteri, sarebbe necessaria una legittimazione costituzionale che, non solo manca, ma è anche positivamente esclusa dai precetti contenuti nell'art. 97 Costituzione. Gli incarichi in parola si iscrivono nella gestione di un istituto che eroga assistenza e che, sotto questo profilo, espleta attività di natura tecnica e amministrativa: tali posizioni non assumono una in-

cidenza per dir così politica. I soggetti investiti della relativa funzione vantano una posizione presidiata, tra l'altro, dall'art. 3 della Costituzione, nel combinato disposto con l'art. 97.

La sentenza conclude che "una modificazione dettata dalla diversità di orientamento politico (o addirittura dell'opinione politica) costituirebbe, a questa stregua, una palese violazione del principio di eguaglianza riferito a soggetti che espletano funzioni amministrative e rischierebbe di inficiare in radice il caposaldo del principio di imparzialità che è proprio degli ordinamenti amministrativi. Viene pertanto meno la legittimazione di fondo dei provvedimenti impugnati in prime cure, che assumono a loro giustificazione il verificarsi di una decadenza che risulta per contro smentita dalla successiva interpretazione fornita dalla C. cost. sul tema delle nomine negli enti locali di riferimento di altre amministrazioni".

«.....GA.....»

VERIFICA APPROFONDATA PER L’AFFIDAMENTO DI INCARICHI ESTERNI NEGLI ENTI LOCALI

dell’Avv. Nicoletta Tradardi

Il principio è stato ribadito con una recente sentenza della Corte dei Conti del Lazio, sezione giurisdizionale

L’affidamento di incarichi consulenziali a professionisti esterni agli enti locali deve essere preceduta da un’attenta verifica circa l’assenza, all’interno dell’ente, di adeguate professionalità.

Il principio è stato, da ultimo, ribadito dalla C. conti Lazio, Sez. Giurisdizionale 6.10.2009, n. 1869.

La pronuncia richiama, innanzitutto, i riferimenti normativi. L’art. 7, co. 6, del d. lgs. n. 29/93 tracciava un quadro di massima, consentendo che solo “*ove non siano disponibili figure professionali equivalenti, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione*”. La norma, modificata nel corso del tempo, ha trovato la sua attuale disciplina con l’art. 7 del d. lgs. n. 165 del 2001 il quale, al co. 6, ha espressamente consentito alle PA il conferimento di incarichi individuali, attraverso lo strumento dei contratti di lavoro autonomo, per prestazioni occasionali oppure coordinate e continuative, solamente al ricorrere di talune, tassative condizioni e nell’ineludibile presupposto che le esigenze non possano essere soddisfatte dal personale in servizio.

Innanzitutto, deve trattarsi di esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria (si prescinde dalla specializzazione universitaria solo nelle ipotesi di cui

al capoverso del co. 6); debbono riguardare il raggiungimento di obiettivi istituzionali, in coerenza con la funzionalità dell’amministrazione conferente, la cui concretizzazione è impossibile o, almeno, gravemente compromessa a causa della mancanza di personale in organico dotato di professionalità adeguata; le prestazioni debbono essere temporanee e altamente qualificate; di ogni prestazione deve essere puntualmente indicato l’oggetto, la durata, il luogo e il relativo compenso.

L’art. 110, co. 6, del d. lgs. n. 267 del 2000 stabilisce, a sua volta, che “*per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità*”.

Il legislatore è successivamente intervenuto per arginare applicazioni non corrette del descritto quadro normativo.

Questo il paradigma cui tutte le PA si debbono attenere. Ciò premesso, la pronuncia ribadisce la necessità di svolgere, preventivamente all’affidamento all’esterno di incarichi consulenziali, una approfondita e concreta valutazione, all’interno dell’ente, in ordine alla presenza di professionalità corrispondenti a quella richiesta.

La Corte chiarisce che l’organico di riferimento, nei cui confronti svolgere i necessari riscontri, deve essere quello dell’Ente e non del singolo ufficio.

Di tali verifiche deve, infine, essere fornita adeguata rispondenza in sede decisionale.

«.....GA.....»

CONSIGLI COMUNALI E PROVINCIALI: QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLE DIMISSIONI COLLETTIVE

dell'Avv. Nicoletta Tradardi

Lo scioglimento dell'organo consiliare deriva dal mero fatto della presentazione contestuale delle dimissioni di più della metà dei consiglieri

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 7166 del 17.11.2009, svolge alcune precisazioni in tema di qualificazione giuridica delle dimissioni collettive dalla carica di consigliere (comunale o provinciale).

La questione trae origine dalla vicenda di un consigliere comunale che aveva sottoscritto un atto di dimissioni unitamente ad altri colleghi e, successivamente, ma, prima della presentazione di quest'ultimo agli uffici dell'amministrazione, aveva presentato una nota con la quale revocava dette dimissioni.

Le dimissioni collettive venivano presentate al fine di ottenere lo scioglimento del consiglio comunale ai sensi dell'art. 141, co.1, lett. b) n. 3 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267.

Il sindaco, supportato da alcuni pareri resi in tal senso dal M.ro dell'Interno, ritenendo che il numero dei consiglieri comunali dimissionari fosse inferiore a quello prescritto dalla richiamata norma per procedere allo scioglimento del consiglio comunale, lo convocava in seduta straordinaria per procedere, ai sensi dell'art. 38, co. 8, del d. lgs. 267/2000, alla surroga dei dimissionari. L'organo consiliare provvedeva in tal senso.

I consiglieri dimissionari insorgevano avverso l'avvenuta surroga ed il mancato scioglimento del Consiglio, ritenendo che le dimissioni collettive presentate dalla maggioranza dei consiglieri allo scopo di provocare lo scioglimento del consiglio comunale dovrebbero considerarsi *"un atto collettivo assimilabile ad una deliberazione"* o, al più, una serie di atti unilaterali collegati, con la conseguenza che, in caso di invalidità delle dimissioni collettive in quanto tali, nessun valore giuridico potrebbe essere attribuito alle dimissioni dei singoli. Da tale inscindibilità del contenuto delle dimissioni rassegnate dalla maggioranza dei consiglieri, discenderebbe l'impossibilità di frazionarne gli effetti e

quindi considerare utilmente rassegnate le dimissioni di alcuni soltanto dei consiglieri. L'atto di dimissioni collettive finalizzato a produrre lo scioglimento del Consiglio comunale ex art. 141 d. lgs. 267/2000 costituirebbe la *"causa del negozio"*, con la conseguenza che se tali dimissioni non raggiungono lo scopo, non possono essere considerate come dimissioni individuali e dare luogo alla surrogazione dei dimissionari.

Questa tesi, accolta dal Giudice di prime cure, è, invece, disattesa nella sentenza in parola.

I Giudici di Palazzo Spada, richiamando alcuni precedenti giurisprudenziali, chiariscono che l'art. 141 lett. b) n. 3 d. lgs. 267/2000, non introduce una diversa e speciale forma di dimissioni rispetto a quella regolamentata dall'art. 38 del medesimo d. lgs. Con la prima norma, il legislatore ha inteso far scaturire un preciso effetto giuridico (lo scioglimento dell'organo) al verificarsi di un mero fatto (le contestuali dimissioni di più della metà dei consiglieri), sulla base della presunzione che la contestuale presentazione delle dimissioni della metà più uno dei consiglieri sottende la volontà politica di sciogliere il consiglio. L'effetto dissolutorio consegue ad un mero fatto, non già ad un atto collettivo di dimissioni.

Si applica, perciò, la generale disciplina dettata dall'art. 38, co. 8 del d. lgs. n. 267 del 2000 per i singoli atti di rassegnazione delle dimissioni da consigliere comunale, la quale stabilisce che: *"le dimissioni dalla carica di consigliere, indirizzate al rispettivo consiglio, devono essere presentate personalmente ed assunte immediatamente al protocollo dell'ente nell'ordine temporale di presentazione. Le dimissioni non presentate personalmente devono essere autenticate ed inoltrate al protocollo per il tramite di persona delegata con*

atto autentificato in data non anteriore a cinque giorni. Esse sono irrevocabili, non necessitano di presa d'atto e sono immediatamente efficaci. Il consiglio, entro e non oltre dieci giorni, deve procedere alla surroga dei consiglieri dimissionari, con separate deliberazioni, seguendo l'ordine di presentazione delle dimissioni quale risulta dal protocollo. Non si fa luogo alla surroga qualora, ricorrendone i presupposti, si debba procedere allo scioglimento del consiglio a norma dell'art. 141”.

L'atto di rassegnazione delle dimissioni – chiarisce la sentenza – è un atto giuridico in senso stretto, cioè un atto i cui effetti giuridici non dipendono dalla volontà dell'agente, ma sono disposti dall'ordinamento, senza riguardo all'intenzione di colui che li pone in essere; è, infatti, atto irrevocabile, non recettizio ed immediatamente efficace.

La protocollazione delle dimissioni consente che la dichiarazione di volontà del dimissionario esca dalla sua sfera di disponibilità, dal momento in cui viene registrata, assumendo una propria ed immodificabile rilevanza giuridica idonea - da quel momento - a produrre - tra l'altro - l'effetto della successiva surrogazione dei consiglieri dimissionari da parte dei rispettivi consigli. Ai fini della validità ed efficacia dell'atto di dimissioni vale solo la sua regolarità formale, mentre non rileva in alcun modo la volontà del dimissionario ed i vizi da cui essa eventualmente sia affetta; infatti, poiché dal momento dell'assunzione al protocollo dell'ente le dimissioni sono immediatamente efficaci e non possono essere più ritirate, qualsiasi scopo che con esse il dimissionario si sia proposto di raggiungere, come ogni motivo che lo abbia spinto a presentarle, sono del tutto irrilevanti per l'or-

dinamento giuridico. La circostanza che le dimissioni dei rimanenti consiglieri, dichiarate o presunto, sia volto a provocare lo scioglimento del consiglio, ai sensi dell'art. 141 TUEL, non incide sulla validità ed efficacia dell'atto medesimo, in caso di mancato raggiungimento dello scopo. L'atto di dimissioni dalla carica di consigliere comunale si configura, come *actus legitimus*; esso è una manifestazione di volontà, ritualmente esternata, rivolta a determinare l'uscita del dichiarante dall'organo assembleare del comune; questo atto non è sottoponibile né a condizione né a termine; pertanto, nessun rilievo può riconoscersi allo scopo perseguito dai dimissionari di creare le condizioni per lo scioglimento del consiglio comunale. L'effetto di scioglimento dell'organo, legato alle dimissioni *ultra dimidium*, e previsto dall'art. 141 d. lgs. 267/2000, si verifica indipendentemente dalla specifica motivazione che ha indotto i singoli membri dell'organo a dimettersi; le giustificazioni delle singole dimissioni possono essere le più disparate, rilevando soltanto la loro contestualità e l'effetto, consistente nell'impossibilità di funzionamento del Consiglio. Di qui deriva la distinzione fra dimissioni *ultra dimidium* contestuali, che provocano lo scioglimento del Consiglio, e non contestuali, che, invece, al pari delle dimissioni *infra dimidium*, determinano la surroga dei dimissionari. Le dimissioni *ultra dimidium*, conclude la sentenza, non convergono in un unico atto, né possono essere considerate singolarmente efficaci soltanto ove sia raggiunto l'effetto previsto dall'art. 141 d. lgs. 267/2000. Le stesse, quindi, dal momento dell'assunzione al protocollo dell'ente e solo da tale momento, devono ritenersi immediatamente efficaci e non possono essere più ritirate.

«.....GA.....»

DIPENDENTI DI ENTI LOCALI. DIRITTO DI ACCESSO ALL'ORARIO DI SERVIZIO DEI COLLEGHI

dell'Avv. Nicoletta Tradardi

Il principio è stato affermato dal TAR Lombardia, con sentenza n. 5153 del 2009

Un dipendente comunale, avendo visto denegata la richiesta, inoltrata all'ente, di modifica dell'orario di servizio, presentava istanza di accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990, al fine di ottenere copia delle timbrature del personale dipendente, comprese le eventuali richieste individuali di modifica, da parte di altri dipendenti, del proprio orario di lavoro - servizio e le eventuali conseguenti risposte. Motivava la domanda con l'esigenza di valutare l'opportunità di eventuali azioni giudiziarie.

A seguito del diniego di accesso opposto dall'amministrazione comunale, il dipendente ricorreva in giudizio, deciso dal TAR Lombardia, IV, con sentenza 25.11.2009, n. 5153, disponendo l'accesso del ricorrente alla richiesta documentazione.

La pronuncia premette che la posizione legittimante l'esercizio del diritto di accesso non deve possedere tutti i requisiti che legittimerebbero al ricorso avverso l'atto lesivo della posizione soggettiva vantata, essendo sufficiente che l'istante sia titolare di una posizione giuridicamente rilevante e che il suo interesse si fondi su tale posizione. La neces-

saria sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per il quale è chiesto l'accesso, non significa che l'accesso sia stato configurato con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante, in quanto assume, invece, una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo.

La circostanza che il ricorrente, dipendente del comune che ha respinto la modifica dell'orario di servizio richiesta, ritenga di essere pregiudicato da tale diniego, costituisce valido presupposto per l'esercizio del diritto di accesso diretto ad acquisire gli atti per valutare la legittimità, sotto il profilo della non discriminazione, del diniego di modifica dell'orario di servizio.

Il TAR conclude osservando che *“la richiesta indiscriminata di tutte le timbrature, se può apparire immotivata, in realtà tende a verificare se siano applicate a tutti i dipendenti le ragioni di servizio indicate come ostantive alla modifica richiesta dal ricorrente”*.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 214 DEL 1990)

dell'Avv. Nicoletta Tradardi

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO IN GENERALE

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.10.2009, n. 6386
Preavviso di rigetto - ex art. 10 bis l. n. 241 del 1990 - atti discrezionali - necessità.

Qualora l'amministrazione investita dell'istanza respinta sia chiamata ad esercitare un potere di natura discrezionale, è illegittimo il provvedimento di diniego che, in violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990, non sia stato preceduto dalla comunicazione del c.d. preavviso di rigetto al richiedente; né è applicabile il meccanismo sanante contemplato dall'art. 21 octies, co. 2, ultimo inciso, l. n. 241/1990.

La sentenza chiarisce come l'apporto partecipativo dell'interessato può orientare in modo differente gli esiti del procedimento ed il contenuto della determinazione amministrativa da assumere.

Consiglio di Stato, Sez. V, 7.10.2009, n. 6167

Divieto di fumo nei pubblici esercizi - circolare del M.ro salute 17.12.2004 - imposizione ai soggetti responsabili di locali privati aperti al pubblico, o loro delegati, dell'obbligo di richiamare formalmente i trasgressori all'osservanza del divieto di fumare - illegittimità.

E' illegittima la circolare del ministro della salute 17.12.2004, contenente "Indicazioni interpretative e attuative dei divieti conseguenti all'entrata in vigore dell'art. 51, l. 16.1.2003 n. 3, sulla tutela della salute dei non fumatori", nella parte in cui, violando la riserva relativa di legge contenuta nell'art. 23 Costituzione, impone ai soggetti responsabili di locali privati aperti al pubblico, o loro delegati, l'obbligo di richiamare formalmente i trasgressori all'osservanza del divieto di fumare e di segnalare, in caso di inottemperanza al richiamo, il comportamento dei trasgressori ai pubblici ufficiali competenti a contestare la violazione e ad ele-

vare il conseguente verbale di contravvenzione.

DIRITTO DI ACCESSO

Consiglio di Stato, Sez. VI, 19.10.2009, n. 6393
Atti gara di appalto – limite ex art. 13, co. 5 d. lgs. n. 163/2006 a tutela di segreti tecnici o commerciali – presupposti - manifestazione interesse da parte del concorrente cui si riferiscono i documenti - necessità

Accesso c.d. difensivo - atti gara di appalto - Art. 13, co. 6, del d. lgs. n. 163/2006 - prevalenza sulle esigenze di riservatezza esistenti. Accesso c.d. difensivo - gara appalto - art. 13, co. 6, del d. lgs. n. 163/2006 – modalità - visione ed estrazione di copia.

In tema di appalti pubblici, trova applicazione la disciplina dettata, per l'accesso agli atti delle procedure di gara, dall'art. 13, d. lgs. n. 163 del 2006, il cui co. 1 rinvia alla disciplina generale dell'accesso dettata dagli artt. 22 e seguenti della l. n. 241 del 1990, salvo a dettare talune disposizioni speciali. Tra queste, quelle previste dal co. 5 che, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei soggetti privati che hanno formato alcuni degli atti ivi indicati, introduce un divieto di accesso e di divulgazione assoluto e non circoscritto alla fase anteriore rispetto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto finalizzato non già a tutelare la regolarità della procedura di affidamento quanto a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei concorrenti in gara e degli altri soggetti privati coinvolti. Il citato co. 5 prevede che "fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito

delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Il legislatore ha inteso quindi escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti. Il funzionamento della causa di esclusione è subordinato alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere, dovendo trattarsi di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

L'art. 13, d. lgs. n. 163 del 2006, dopo aver previsto i casi in cui il diritto di accesso è escluso, dispone al co. 6 che "in relazione all'ipotesi di cui al co. 5, lett. a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

Né l'art. 13, co. 6, d. lgs. n. 163 del 2006, né l'art. 24 della l. n. 241 del 1990, nella formulazione risultante a seguito della l. n. 15 del 2005, prevedono che l'accesso c.d. difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa e debba essere esercitato nella forma della sola visione, senza estrazione di copia.

Consiglio di Stato, Sez. V 15.10.2009, n. 6339
Legittimazione - imprenditore del settore - insufficienza.

Interesse - verifica legittimità azione amministrativa – insufficienza.

Non è sufficiente la qualità di operatore del settore, ricavabile da finalità statutarie, per concretizzare la situazione legittimante l'accesso ad autorizzazioni rilasciate a soggetti terzi, in assenza di concreti indici che spieghino le qualificate ragioni che differenzino l'interesse azionato da quello di un quisque de populo.

Il diritto di accesso può concernere atti sia conclusivi che interni di un procedimento, ma essi debbono in ogni caso incidere in modo diretto sugli interessi del richiedente, che attraverso l'accesso è messo in grado di verificare la corretta ponderazione degli interessi coinvolti, nonché l'esatta assunzione ed elaborazione dei

dati decisionali assunti dall'amministrazione; il medesimo soggetto non può, invece, attivare forme di supervisione di un'attività, che si sospetta inefficiente o inefficace, o di cui si vuole verificare in via generale la legittimità; in senso preclusivo di tale supervisione dispone, del resto, formalmente l'art. 24, co. 3, della l. n. 241/90, in base al quale "non sono ammissibili istanze di accesso, preordinate ad un controllo generalizzato delle pubbliche amministrazioni".

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.10.2009, n. 6019
Concorso - candidato – oggetto - dati pre-istruttori attività collegiale di giudizio della commissione - elaborati tramite programma informatico di gestione – interesse – insussistenza.

Non sussiste il diritto di accesso ai dati pre-istruttori all'attività collegiale di giudizio di una commissione di concorso, elaborati tramite programma informatico di gestione, potendosi assimilare il lavoro svolto tramite il sistema informatico alla formazione di appunti o promemoria destinati a rimanere nella sfera interna e privata dell'autorità procedente, come tali esclusi dall'accesso.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 2.10.2009, n. 5987
Gestori servizio pubblico - attività di diritto privato - connessa al servizio - interesse - sussiste.

L'attività amministrativa, cui gli artt. 22 e 23 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.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 18.9.2009, n. 5625
Soggetti legittimati.

Atti soggetti formalmente privati - svolgenti attività di pubblico interesse - interesse - sussiste.

Istanza subappaltatore di contraente generale - atti contratto di appalto avente carattere privato – interesse - sussiste.

Subappaltatore - atti di concessione e affidamento ad un contraente generale – interesse - non sussiste.

Ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, soggetto interessato e dunque legittimato a proporre istanza di accesso è chi vanta "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

Ai sensi dell'art. 23, l. n. 241 del 1990, l'accesso va consentito nei confronti di soggetti formalmente privati e degli atti da essi posti in essere, formalmente privati, quando detti soggetti svolgono una attività di pubblico interesse, ancorché con procedure e atti di diritto privato. Ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. d), l. n. 241 del 1990, come novellato dalla l. n. 15 del 2005, si definisce come documento amministrativo, suscettibile di accesso, ogni rappresentazione del contenuto di atti "detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale".

Va riconosciuto il diritto del subappaltatore di accedere agli atti relativi al contratto di appalto, non rilevando il preteso carattere privato del contratto di appalto stipulato dal contraente generale, atteso il carattere imperativo e pubblicistico delle regole che permeano i subappalti rispetto agli appalti del contraente generale sussiste sotto tale profilo l'interesse pubblico sotteso ad appalti e subappalti, che consente di ricondurre atti e soggetti privati agli schemi normativi dell'art. 22, co. 1, lett. d) e dell'art. 23, l. n. 241 del 1990.

Non sussiste il diritto di accesso ad atti di concessione e affidamento a contraente generale che si collocano a monte del rapporto di appalto e di subappalto, a cui il subappaltatore è estraneo, ed in nome di una pretesa la cui giuridicità deve formare oggetto di accertamento.

TAR Toscana, Sez. I, 11.11.2009, n. 1607

Diritto di accesso – consigliere comunale – agli atti relativi ad uno specifico settore di attività – modalità di presentazione della istanza.

L'art. 43 co. 2 del d. lgs. n. 267 del 2000, mentre attribuisce ai consiglieri il diritto di ottenere "tutte le notizie e le informazioni" in possesso degli uffici (e quindi la relativa documentazione), non prevede che questi ultimi siano tenuti altresì a svolgere un'attività di elaborazione di tali notizie ed informazioni, ovvero (ancor prima) a stabilire, selezionandole, quali notizie

ed informazioni corrispondano alle richieste di accesso presentate da consiglieri, nel caso in cui tali istanze siano formulate in modo generico e non puntuale. Pertanto, sussiste il diritto di accesso di un Consigliere comunale quando le richieste siano sufficientemente puntuali, abbiano oggetto definito, consentano di fornire riscontro in tempi ragionevoli e senza gravare eccessivamente sugli uffici (soprattutto senza pregiudicarne la funzionalità) e senza comunque imporre loro di procedere ad attività elaborative o selettive; e la circostanza che dette richieste riguardino un apprezzabile arco temporale non modifica la situazione, se lo specifico settore oggetto delle istanze non sia preminente nel quadro delle attività comunali. Di contro, è legittimo il diniego di accesso se la genericità dell'oggetto delle richieste presuppone lo svolgimento, da parte degli uffici coinvolti, di attività di elaborazione e selezione che da un lato potrebbero condurre a risultati arbitrari, dall'altro comporterebbero oneri gravosi e indebiti per gli uffici stessi; mentre le medesime richieste potrebbero essere meglio definite e puntualizzate (dunque circoscritte) una volta che il consigliere richiedente abbia esaminato gli atti e le informazioni che ha titolo ad ottenere nei limiti precedentemente indicati.

TAR Umbria, Sez. I, 5.11.2009 n. 662

Gara di appalto - documentazione tecnica altri concorrenti - limiti – art. 13 d. lgs. n. 163 del 2006.

Gara di appalto - documentazione tecnica altri concorrenti - art. 13 d. lgs. n. 163 del 2006 – carattere di specialità – prevalenza sulla l. n. 241 del 1990.

Dall'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006 si evince non solo l'introduzione di doveri di non divulgare il contenuto di determinati atti, assistiti da apposite sanzioni di carattere penale, ma anche la prefigurazione di particolari limiti oggettivi e soggettivi all'accessibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici. Fra questi rileva, quello sancito dalla lett. a) del co. quinto, concernente le "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". E' pure vero che tale esclusione dell'accesso non è assoluta, in quanto il co. 6 lo consente "al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi



in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso" (c.d. accesso difensivo). Peraltro tale disposizione, dal contenuto più restrittivo di quella contenuta nell'art. 24 della legge generale sul procedimento amministrativo, è interpretata nel senso che imponga di effettuare un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza. La disciplina sull'accesso contenuta nell'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006 ha carattere di specialità ed è più restrittiva rispetto a quella generale contenuta nella l. n. 241 del 1990; in particolare, l'ancoraggio dell'accesso alla difesa in giudizio degli interessi del ricorrente (in luogo della più ampia nozione di cura o difesa dei propri interessi giuridici) comporta, al fine di non rendere irragionevole la disposizione stessa, per l'amministrazione, la necessità di effettuare un rigoroso controllo in ordine alla concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio, anche instaurando, con la conseguenza che la partecipazione alla gara non determina, automaticamente, la fuoriuscita dalla sfera di dominio dell'impresa della di lei offerta tecnico-progettuale.

TAR Lombardia, Sez. III, 3.11.2009, n. 4951
Associazione di consumatori – atti e documenti che concernono l'adozione di protocolli in materia di piaghe da decubito - interesse all'accesso - sussiste.

Un'associazione dei consumatori e degli utenti, iscritta nell'elenco di cui all'art. 137 codice del consumo e nel registro generale del volontariato ai sensi della l. 11.8.1991 n. 266, avente per scopo statutario quello di intraprendere ogni attività culturale, sociale, politica e giuridica tesa alla promozione, alla attuazione e alla tutela degli interessi e dei diritti del cittadino consumatore e utente, è ente esponenziale degli interessi diffusi degli utenti di un servizio pubblico (nella specie, il servizio sanitario nazionale). Essa, pertanto, è titolare del diritto di accedere agli atti e documenti che concernono l'adozione di protocolli in materia di piaghe da decubito, in quanto tale iniziativa è volta a tutelare non l'interesse ad effettuare un inammissibile controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione (interesse generico ed onnicomprensivo, inerente tutti i profili della materia sanitaria in senso lato) ma ha lo scopo di tutelare il proprio interesse concreto

all'erogazione a livello soddisfacente ed anche ottimale del servizio delle cui disfunzioni, l'utente stesso, e con lui l'ente esponenziale, possono dolersi (in tal senso, la presenza o meno delle piaghe da decubito è senza dubbio uno degli indicatori più significativi della qualità della assistenza sanitaria).

TAR Piemonte, Sez. II, 30.10.2009, n. 2355
Schede elettorali ritenute nulle e a quelle ritenute valide – candidato ad una competizione elettorale – per ottenerne copie da fare valere nel giudizio elettorale - interesse all'accesso - non sussiste.

Gli atti del procedimento elettorale, ed in particolare le schede ritenute nulle e a quella delle schede ritenute valide, delle quali venga richiesta copia da parte di un candidato ad una competizione elettorale, per valersi di tali documenti nel giudizio elettorale, in base ai quali è stata effettuata pubblicamente la lettura e la registrazione dei voti (e, quindi, le schede e le tabelle di scrutinio), non costituiscono oggetto del diritto di accesso e della relativa azione giurisdizionale disciplinata dall'art. 25, l. 7.8.1990 n. 241" e ciò in quanto, essendo affidati in deposito in plichi sigillati alla cancelleria del Tribunale, "non possono essere considerati documenti detenuti dall'amministrazione ex art. 22 co. 1, l. n. 241 del 1990, e, conseguentemente, devono ritenersi sottratti all'accesso non solo del pubblico, ma anche dell'Amministrazione depositaria, perché da questa tenuti a disposizione dell'autorità giudiziaria preposta a dirimere le eventuali controversie elettorali, che deve trovare i plichi intatti".

TAR Trentino Alto Adige, Bz, 6.10.2009, n. 331

Gara di appalto - documentazione tecnica - concorrenti in posizione poziore - impresa qualificatasi al terzo posto – interesse - sussiste.

Interesse – presupposti - individuazione. Modalità –individuazione - visione ed estrazione copia.

Accesso cd. frazionato – modalità - visione atti e copia differita - ammissibilità.

L'impresa ammessa a procedura ristretta, classificatasi al terzo posto in graduatoria, è titolare di una posizione qualificata e differenziata legittimante il diritto di accesso alla documentazione tecnica presentata dai concorrenti collocatisi in posizione poziore in graduatoria,

non sussistendo condizioni ostative.

L'interesse legittimante l'accesso non richiede in capo all'istante l'esistenza di una situazione giuridica azionabile in giudizio, essendo sufficiente che questi sia titolare di una posizione differenziata, non necessariamente coincidente con un diritto soggettivo o con un interesse legittimo. Anche nel caso quindi che fossero scaduti i termini per un ricorso giurisdizionale non verrebbe meno l'interesse della ricorrente all'estrazione di copia dei documenti richiesti, considerata l'esistenza di ulteriori strumenti di protezione rispetto al ricorso giurisdizionale (ad esempio la sollecitazione dell'esercizio di poteri di autotutela, la presentazione di esposti volti alla verifica della regolarità dell'azione amministrativa in questione, la formalizzazione di richieste risarcitorie in sede civile, in ipotesi di accoglimento della tesi che non postula il pregiudiziale annullamento del provvedimento amministrativo).

La l. 11.2.2005, n. 15 ha abrogato la formulazione originaria dell'art. 24, co. 2, lett. d), della l. 7.8.1990, n. 241 ed ha definito il diritto di accesso come il "diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi" (vedi art. 22, co.1, lett. a, come novellato), per cui è indubbio che entrambe le modalità facciano parte integrante del diritto di accesso.

Non si rinviene nella normativa una disposizione che preveda la simultaneità delle due modalità del diritto di accesso per cui solo in seguito alla visione degli atti può sorgere l'interesse ad ottenere copia di parte di questi. Ed invero, la scelta di richiedere sin dall'inizio l'accesso agli atti tramite visione ed anche estrazione di copia (in tal caso si presume di tutti gli atti ed i documenti) oppure di richiedere prima la mera ostensione e, solo ravvisandone l'interesse, chiedere successivamente l'estrazione di copia, spetta all'interessato.

TAR Campania, Sez. V, 18.9.2009, n. 5026

Modalità - documenti di diritto privato - soggetto privato gestore pubblico servizio – interesse - non sussiste.

Ai sensi del capo V della l. n. 241 del 1990, non sono accessibili (art. 22, co. 4, l. n. 241 del 1990) le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, la pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di

accesso (art. 2, co.2, secondo periodo, d.P.R. 12.4.2006, n. 184). Inoltre, il richiedente, nella domanda, deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta (art. 5, co. 2, d.P.R. n. 184 del 2006).

Il d.P.R. 12.4.2006, n. 184 contiene, all'art. 2, co. 1 ("Ambito di applicazione"), una previsione aggiuntiva rispetto al testo della l. n. 241/1990 e più restrittiva, secondo la quale: "Il diritto di accesso... ..è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti... ..di diritto privato limitatamente alla loro attività disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". Pertanto, è escluso, nei confronti di un soggetto privato gestore di un pubblico servizio, l'accesso ai documenti ricadenti esclusivamente nel diritto privato (atti contrattuali successivi all'aggiudicazione dei lavori).

TAR Lazio, Sez. II bis, 17.9.2009, n. 8945

Reiterazione istanza – presupposti - fatti nuovi, sopravvenuti o meno - non rappresentati nell'originaria istanza od oggetto di diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante - interesse - sussiste.

Atti autorizzativi di titoli edilizi - vicino – interesse - sussiste.

L'interessato può "reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non rappresentati nell'originaria istanza o anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, cioè della posizione legittimante all'accesso".

Sussiste il diritto di accesso, da parte del proprietario di un appartamento sito al piano superiore a quello oggetto di lavori, ad acquisire la documentazione amministrativa concernente il procedimento di formazione di un titolo edilizio relativo ai lavori in corso nell'appartamento situato al piano sottostante.

Seppure l'istante possa beneficiare della tutela civilistica nei confronti del proprietario dell'appartamento soprastante, a prescindere dalla questione della regolarità amministrativa dei lavori svolti nell'appartamento del piano superiore, ciò non consente di escludere a priori che la documentazione richiesta possa comportare per il richiedente medesimo - in presenza dell'allegazione di una situazione di fatto generatrice di danno - un'utilità comunque ri-

levante (in sede stragiudiziale o nelle varie sedi giurisdizionali) per la difesa dei propri diritti e

interessi legittimi.

«.....GA.....»

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI (D. LGS. N. 267 DEL 2000)

dell'Avv. Nicoletta Tradardi

CONSIGLIERI E ASSESSORI COMUNALI

Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.10.2009, n. 6657
Consiglio comunale - scioglimento ex art. 143 TUEL - infiltrazioni mafiose e della criminalità organizzata - avviso inizio procedimento o preventiva contestazione addebiti agli interessati – necessità - non sussiste.

Consiglio comunale – scioglimento ex art. 143 TUEL - infiltrazioni mafiose e della criminalità organizzata- motivazione –necessità – mancanza - illegittimità.

I provvedimenti di scioglimento dei consigli comunali, disciplinati dall'art. 143 TUEL, non sono soggetti alla disciplina generale contenuta nella l. n. 241 del 1990, concernente la partecipazione al procedimento dei destinatari, non occorrendo una preventiva contestazione degli addebiti agli interessati.

E' illegittimo il provvedimento di scioglimento di un Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose e della criminalità organizzata nel caso in cui, in violazione dell'art. 143 TUEL, la relazione redatta dalla Commissione d'accesso non abbia evidenziato elementi attendibili, ragionevolmente univoci, in ordine all'esistenza di collegamenti o condizionamenti dell'apparato amministrativo e degli organi elettivi dell'ente da parte della criminalità organizzata.

Rispetto alla prima massima, il Consiglio di Stato ha richiamato le argomentazioni già espresse dalla C. cost. nella sentenza numero 103 del 1993, nella quale si è osservato che "la mancanza [della previsione di una preventiva contestazione degli addebiti e della possibilità di dedurre in ordine ad essi del procedimento di scioglimento appare giustificata dalla loro peculiarità,] essendo quelle misure caratterizzate dal fatto di costituire la reazione dell'ordinamento all'ipotesi di attentato all'ordine e alla sicurezza pubblica. Una evenienza dunque che esige interventi rapidi e decisi". La Corte ag-

giunge più avanti come "la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, fra i quali non è compreso quello del giusto procedimento amministrativo dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt.24 e 113 della Costituzione".

D'altro canto, non si vede quale utilità avrebbe potuto avere la partecipazione al procedimento degli interessati posto che "gli atti, documenti e note informative utilizzate per l'istruttoria finalizzata all'adozione dei provvedimenti di scioglimento degli organi" rientrano tra le "categorie di documenti inaccessibili per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero a fini di prevenzione e repressione della criminalità".

L'art. 143 TUEL dispone che "fuori dei casi previsti dall'art. 141, i consigli comunali e provinciali sono sciolti quando, anche a seguito di accertamenti effettuati a norma dell'art. 59, co. 7, emergono elementi su collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata o su forme di condizionamento degli amministratori stessi, che compromettono la libera determinazione degli organi elettivi e il buon andamento delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi alle stesse affidati, ovvero che risultano tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica".

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.10.2009, n. 6253
Giunta comunale e provinciale - assessore - revoca - motivazione - discrezionalità organo di governo.

Giunta comunale e provinciale - assessore – revoca – comunicazione avvio procedimento – non è dovuta.

Giunta comunale e provinciale - assessori -

revoca - fasi procedurali - individuazione.

L'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico di un singolo assessore (o di più assessori) può senz'altro basarsi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico-amministrative, rimesse in via esclusiva al sindaco o al presidente della provincia. La revoca dell'incarico di assessore è posta essenzialmente nella disponibilità del sindaco o del presidente della provincia; 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.

La revoca dell'incarico di assessore comunale è immune dalla previa comunicazione dell'avvio del procedimento. Il procedimento di revoca dell'incarico assessorile è semplificato al massimo per consentire una immediata soluzione della crisi intervenuta nell'ambito del governo locale, articolandosi nei seguenti passaggi: 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, senza l'interposizione della comunicazione dell'avvio del procedimento all'assessore assoggettato alla revoca, la cui opinione è irrilevante per la normativa attuale salvo che non venga fatta propria dal consiglio comunale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.9.2009, n. 5592

Consiglio comunale - nomina dei rappresentanti comuni nelle comunità montane - art. 27, co. 2, TUEL – rapporto con la previgente legislazione regionale.

Il d. lgs. sulle autonomie locali ha abrogato tutte le disposizioni delle leggi regionali che individuavano un sistema di voto diverso da quello limitato, senza tuttavia modificare la restante disciplina per la quale non si determinasse una concreta incompatibilità con l'ambito di innovazione previsto dalla normativa statale.

Alla stregua del suesposto principio, il Consiglio di Stato ha ritenuto vigente una legge regionale che assegna due componenti alla mino-

ranza consigliare dei comuni che, per il numero di abitanti, hanno titolo alla nomina di cinque rappresentanti.

TAR Molise, Sez. I, ord. 4.11.2009, n. 300

Giunta provinciale – legittimazione attiva dei consiglieri - limitata alle questioni riguardanti la tutela del loro jus ad officium.**Delibera nomina dei componenti – violazione delle cd. quote rosa - ricorso proposto da alcuni consiglieri - difetto di legittimazione attiva dei consiglieri - difetto di interesse.**

La legittimazione ad agire in giudizio in qualità di consiglieri deve ritenersi limitata alle ipotesi in cui venga in rilievo un'istanza di tutela dello ius ad officium. Pertanto, non sussiste detta legittimazione in capo ai consiglieri provinciali di sesso maschile – ricorrenti - a dolersi della violazione delle norme previste a tutela della rappresentanza femminile in seno agli organi collegiali della provincia. Per le medesime ragioni, non appare sussistere neppure l'interesse all'impugnativa atteso che in ipotesi di accoglimento del gravame i ricorrenti, consiglieri ed elettori di sesso maschile, non potrebbero trarne alcuna concreta utilità giuridica essendo loro preclusa la possibilità di aspirare a nomine riservate a soggetti di sesso femminile.

Successivamente alla ordinanza per cui è massima, è stata promossa una nuova azione avverso il decreto presidenziale di nomina di soli assessori di sesso maschile in seno alla Giunta provinciale. Il ricorso è stato incardinato da alcune cittadine elettrici di sesso femminile, in possesso di tutte le condizioni per la nomina ad assessore provinciale a garanzia della rappresentanza femminile.

Il TAR Molise, con ordinanza n. 348 del 2009, ha accolto l'istanza cautelare, ritenendo illegittima l'esclusione nel decreto presidenziale di nomina dei componenti della giunta, dall'organo di governo la rappresentanza femminile garantita sia dall'art. 51 della Costituzione che dell'art. 6 del d. lgs. 267 del 2000, come pure dallo statuto della provincia il quale ultimo, con norma di valenza immediatamente precettiva, prevede espressamente che “E’ garantita la presenza di entrambi i sessi negli organi collegiali della provincia, nonché negli enti, aziende ed istituzioni dipendenti della provincia stessa”. Altro elemento di illegittimità risiede, ad avviso del TAR, nella circostanza che “il mancato rispetto delle norme che prescrivono di assicurare la rappresentanza femminile in seno alla



giunta non è stato in alcun modo giustificato dal Presidente della provincia che non ha adottato alcuna motivazione nel decreto di nomina”.

TAR Puglia Le, Sez. I, Ord. 21.10.2009, n. 788
Giunta comunale e provinciale - assessore - revoca – finalità - buon andamento e l'imparzialità.

Giunta comunale e provinciale - assessore - revoca – motivazione - accordo in ordine all'alternanza alla carica - illegittimità.

La revoca dell'assessore è caratterizzata da una natura essenzialmente differente dal provvedimento di nomina (che è espressione di pura scelta politica) e costituisce un modo per dare applicazione alle previsioni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento della PA previste dall'art. 97 della Costituzione; in questa prospettiva, la revoca può essere pertanto giustificata da fatti tali da porre in pericolo l'efficienza dell'azione amministrativa o da fatti di apprezzabile rilevanza politica, fatta comunque salva la necessaria garanzia di una effettiva collegialità e della possibile discussione delle scelte amministrative.

Il decreto di revoca della nomina ad Assessore adottato dal Sindaco non può trovare giustificazione nell'accordo in ordine all'alternanza alla carica di assessore raggiunto in seno ad una delle forze politiche che sostengono.

Le tre pronunce massimate concernono la revoca dell'incarico di assessore.

Esse pongono in evidenza che, essendo l'incarico improntato ad un rapporto fiduciario, la revoca non necessita né di specifica motivazione (essendo sufficiente il riferimento al venir meno di tale rapporto), né della previa comunicazione di avvio del procedimento all'interessato.

Il procedimento è semplificato al massimo, per consentire una rapida soluzione della crisi intervenuta in seno al governo locale.

Si segnala che l'ordinanza del TAR Puglia riprende una tesi già sancita da una precedente sentenza di quello stesso Giudice (n. 593 del 2009), che, allo stato, risulta essere al vaglio del CdS, che ne ha sospeso l'efficacia richiamando *“la natura ampiamente discrezionale dell'atto di revoca, la motivazione del provvedimento può basarsi su valutazioni di opportunità politico-amministrativa, rimesse in via esclusiva al sindaco e che tale obbligo può ritenersi assolto con riferimento alla posizione non collaborati-*

va assunta dall'originario ricorrente” (CdS, ord. n. 2192/2009).

TAR Calabria, Cz, Sez. I, 8.10.2009, n. 1036
Giunta comunale e provinciale - assessore - revoca - motivazione - discrezionalità. Giunta comunale e provinciale - assessore – revoca – comunicazione avvio procedimento - non è dovuta.

Il decreto sindacale di revoca di un assessore è adeguatamente motivato con riferimento al venir meno del rapporto fiduciario.

Non è dovuta la comunicazione di avvio del procedimento di revoca di un assessore, poiché 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 sottoposizione del merito del relativo operato unicamente alla valutazione del consiglio comunale.

TAR Toscana, Sez. II, 8.10.2009, n. 1510
Consigliere comunale - decadenza - reiterate assenze - orario svolgimento consiglio incompatibile con esigenze professionali - omessa valutazione giustificazioni successive - illegittimità.

E' illegittima la delibera con cui il consiglio comunale ritiene ingiustificate le assenze di un consigliere dovute al sovrapporsi di coincidenti esigenze professionali, già rappresentate ed in ragione delle quali era stata richiesta la "rotazione d'orario".

DIFENSORE CIVICO

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.10.2009, n. 6394
Difensore civico comunale - nomina - regolamento - valutazione di merito - esame dei curricula professionali - necessità - mancanza - illegittimità.

E' illegittima la delibera del consiglio comunale di nomina del difensore civico, nel caso in cui la normativa di riferimento imponga l'effettuazione di una valutazione di merito assoluto in ordine al possesso dei requisiti prescritti se, dal verbale dell'apposita commissione incaricata, non risulti in alcun modo l'avvenuto esame dei curricula degli aspiranti, effettuando le prescritte valutazioni e verificandone la rispondenza ai richiesti requisiti ed in particolare a quello della attinenza alla competenza giu-

ridico-amministrativa.

La pronuncia richiama a sostegno della propria tesi una sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Sicilia (n. 300 del 2007), la quale ha sottolineato che il consiglio comunale nella scelta tra più candidati "è tenuto a prendere in considerazione di ogni candidato i titoli elencati nel curriculum al fine di vagliarne la preparazione, l'esperienza e la competenza giuridico amministrativa e ciò per garantire l'indipendenza, l'obiettività e l'equilibrio di giudizio del soggetto che sarà scelto a quella carica, nel rispetto del principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost. motivando la scelta operata. [...] Non vale la natura politica di tale scelta ad escludere l'obbligo di motivazione: trattandosi di una procedura selettiva l'amministrazione ha l'obbligo di motivare la sua determinazione per rendere conto del suo operato ai cittadini del comune".

ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 29.9.2009, n. 2142

Ordinanze contingibili ed urgenti – ex art. 9 l. 447/1995 – contenimento emissioni sonore - tutela salute collettiva - natura temporanea.

L'art. 9 della l. n. 447 del 26.10.1995 stabilisce che qualora sia richiesto da eccezionali ed urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente, il Sindaco con provvedimento motivato può ordinare il ricorso a speciali forme di contenimento o di abbattimento delle emissioni sonore, inclusa l'inibitoria totale o parziale di determinate attività.

Alla stregua dei suesposti principi, è stata ritenuta illegittima una ordinanza di tal fatta emessa a tutela dell'interesse di un singolo soggetto e che sia privo della indicazione circa la durata dell'efficacia del provvedimento.

PERSONALE DEGLI ENTI LOCALI

Consiglio di Stato, V, 15.10.2009, n. 632

Personale degli enti locali - Conferimento di funzioni dirigenziali. A soggetti privi della qualifica dirigenziale. Ammissibilità ex art. 109, 2 co. del TUEL - Limitata ai comuni privi di personale di qualifica dirigenziale.

Ai sensi dell'art. 109 TUEL è possibile conferire incarichi di funzioni dirigenziali a personale privo di qualifica dirigenziale, nelle sole ipotesi di comuni privi di personale di qualifica dirigenziale.

Ai sensi dell'art. 109 TUEL "1. Gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'art. 50, co. 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione previsto dall'art. 169 o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro. L'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi.

2. Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'art. 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'art. 97, co. 4, lett. d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione". Alla stregua della richiamata norma, il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile conferire incarichi di funzioni dirigenziali a personale privo di qualifica dirigenziale, ma ciò nelle sole ipotesi di cui al co. 2 ossia nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale.

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 29.10.2009, n. 272

Tutela del paesaggio – ambiente - art. 2, co. 1, lett. a), b) e c), e art. 8, co. 1, lett. b) e co. 2, lett. c) l. 23.10.2007, n. 34 (Istituzione del Parco regionale delle Alpi Liguri).

Il Presidente del Consiglio dei Ministri propone, in riferimento agli artt. 9 e 117, co. 2, lett. s), cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, lett. a), b) e c), e dell'art. 8, co. 1, lett. c), co. 2, lett. b), l. 23.10.2007, n. 34 (Istituzione del Parco regionale delle Alpi Liguri).

La C. cost. dichiara l'illegittimità dell'art. 2, co. 1, lett. a), b) e c), l. 23.10.2007, n. 34 poiché detta una disciplina relativa alle aree naturali protette, materia compresa nell'ambito dell'ambiente e dell'ecosistema e dunque di competenza legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, co. 2, lett. s) cost. Risultano incostituzionali anche le disposizioni che attenuano, o addirittura eliminano, la tutela paesaggistica che a sua volta limita la competenza concorrente delle regioni in materia di governo del territorio. È pertanto fondata la questione di legittimità dell'art. 8, co. 1, lett. b), l. 23.10.2007, n. 34 lì dove prevede che spetti al Piano del parco l'individuazione sia degli "interventi da assoggettare o meno al nulla osta di cui all'art. 21 della l. regionale n. 12 del 1995", sia le ipotesi in cui lo stesso nulla osta possa essere acquisito mediante autocertificazione di un tecnico a ciò abilitato.

La C. cost., infine, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, co. 2, lett. c), l. 23.10.2007, n. 34. Tale disposizione nel prevedere che nelle aree qualificate come "paesaggio protetto" non siano operanti i limiti e i divieti dell'attività venatoria, di cui alle leggi quadro statali, viola l'art. 117, co. 2, lett. s) cost. incidendo sulla materia della protezione della fauna selvatica, di competenza esclusiva dello Stato (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 29.10.2009, n. 271

Professioni turistiche - art. 2, co. 7, 3, co. 1, lett. b), 7 e 10, 5, 6, co. 1, 2 e 4, l. reg. Emilia-

Romagna. 1.2.2000, n. 4 (Norme per la disciplina delle attività di animazione e di accompagnamento turistico).

Il giudizio verte su numerose disposizioni della l. reg. Emilia-Romagna n. 4/2000, come modificate recentemente con la l. reg. 27.5.2008, n. 7.

In primo luogo la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 7, l. reg. 4/2000 che istituisce una nuova figura professionale di animatore turistico e dell'art. 3, co. 7 della medesima legge, che stabilisce i requisiti necessari per l'esercizio della professione di animatore turistico. Secondo la Corte, entrambe le disposizioni sono in contrasto con l'art. 117, co. 3, cost. in quanto riconducibili alla materia delle professioni, oggetto di potestà legislativa concorrente e non alla materia del turismo, di competenza legislativa residuale delle regioni. Al riguardo, la Corte chiarisce che in materia di professioni spetta allo Stato l'individuazione dei profili professionali e dei requisiti necessari per il relativo esercizio. Anche l'art. 3, co. 1, lett. b) - limitatamente alle parole "e alla deliberazione della giunta regionale di cui all'art. 3, co.10" - e co. 10, l. reg. n. 4/2000 eccedono la competenza regionale in materia di professioni in quanto si ingeriscono nella definizione dei titoli necessari l'esercizio delle professioni turistiche. In particolare, la Corte dichiara l'illegittimità dell'art. 3, co. 1, lett. b), nella parte in cui indica, tra le condizioni essenziali per l'esercizio delle professioni turistiche, la verifica dei requisiti contenuti nella delibera della Giunta regionale che – ai sensi dell'art. 3, co. 10 – definisce "le modalità attuative per il conseguimento dell'idoneità" all'esercizio delle professioni turistiche. Secondo la Corte, infatti, il compito della giunta regionale di stabilire, con propria deliberazione, le modalità attuative per il conseguimento dell'idoneità all'esercizio delle professioni turistiche, "di per sé non contrario alla Costituzione, risulta ampliato, con il disposto dei commi citati, sino a comprendervi la previsione di requisiti per l'esercizio della professione, il che lo pone,

perciò, in conflitto con i principi che prevedono la competenza dello Stato”.

La Corte dichiara anche l'incostituzionalità dell'art. 6, co. 2, secondo periodo e co. 4, limitatamente alle parole “e, per le guide turistiche gli ambiti nei quali la professione può essere esercitata”. Entrambe le norme, introducendo sostanzialmente restrizioni all'ambito di validità territoriale delle autorizzazioni all'esercizio delle professioni turistiche, ledono il principio della libera prestazione dei servizi (ex art. 40 TCE) e sono pertanto incostituzionali per violazione del vincolo comunitario di cui all'art. 117, co. 1, cost. Esse inoltre, contrastano anche con l'art. 117, co. 2, lett. e), in quanto violano altresì il principio di libera concorrenza, la cui tutela rientra nella competenza esclusiva dello Stato. Le norme in parola sono peraltro in antitesi con il quadro normativo vigente (l. n. 40/2007) che non prevede tali limitazioni territoriali. Le censure relative agli artt. 5 e 6, co. 1 e 2, primo periodo, l. reg. n. 4/2000 che attribuiscono alle province le funzioni concernenti la programmazione ed autorizzazione delle attività formative relative alle professioni turistiche e la tenuta ed istituzione degli elenchi provinciali delle professioni stesse, non sono fondate con riferimento all'art. 117, co. 3, cost. Rientra infatti nella competenza regionale in materia di formazione professionale la disciplina di corsi di formazione relativi alle professioni turistiche già istituite dallo Stato. Con riguardo invece agli albi professionali, la Corte ricorda che “esula dai limiti della competenza legislativa concorrente delle regioni in materia di professioni soltanto l'istituzione di nuovi e diversi albi rispetto a quelli già istituiti dalle leggi statali”, ma non la tenuta di albi aventi “funzioni meramente ricognitive o di comunicazione e di aggiornamento” che devono intendersi riferiti a professioni già riconosciute dalla legge statale (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 30.7.2009, n. 254

Tutela ambientale - competenza Stato-regioni - artt. 119, 121 e 132 d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale – parte terza – norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche).

Nel presente giudizio la C. cost. è chiamata a giudicare la legittimità costituzionale di numerosi articoli della parte terza del d.l.

03.04.2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente). Tra le varie censure sollevate dalle ricorrenti la C. cost. esamina nel merito solo quelle relative agli artt. 119, 121 e 132 del d.l. in oggetto, in riferimento agli artt. 3, 76, 117, co. 3, 118 e 120 cost., dichiarandole non fondate.

In primo luogo, per ciò che riguarda le censure sollevate in riferimento all'art. 76 cost., la Corte dichiara che “non è sufficiente, al fine di ritenere illegittima una disposizione del d. lgs. n. 152 del 2006, la mera deduzione dell'effetto riduttivo di attribuzioni regionali. A tal fine sono necessarie, invece, la puntuale indicazione, caso per caso, delle funzioni che sarebbero state riallocate a livello centrale e la dimostrazione che lo spostamento di competenze non sia coerente con alcun principio direttivo indicato nei commi 8 e 9 dello stesso art. 1 della legge di delega”.

Successivamente, per ciò che riguarda le censure sollevate nei confronti degli artt. 119, 121, co. 4, lett. h), la Corte ha sostenuto che, anche se il primo di tali articoli attribuisce il compito di attuare le politiche dei prezzi dell'acqua a delle “Autorità competenti” e il secondo non specifica quali sono gli enti territoriali competenti a dare attuazione alle disposizioni di cui allo stesso art. 119 d. l. 03.04.2006, n. 152 concernenti il recupero dei costi dei servizi idrici, tali disposizioni non sono in contrasto con l'art. 118 cost. Esse, infatti, “si limitano a dettare alcuni dei criteri che quelle autorità dovranno rispettare e, pertanto, non sono idonee ad operare alcuna attribuzione o sottrazione di competenze”.

Inoltre, per ciò che riguarda l'impugnazione dell'art. 132 del d. lgs. de quo – nella parte in cui conferisce i poteri sostitutivi statali in caso di mancata effettuazione, da parte delle regioni, dei controlli previsti dalla parte terza dello stesso decreto legislativo, al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio invece che all'organo di vertice del Governo nazionale – i giudici giustificano l'infondatezza della questione sottolineando come l'esistenza di una disciplina generale del potere sostitutivo statale (ex art. 8, l. 5.06.2003, n. 131) “di per sé non esclude l'operatività di disposizioni speciali che quel potere disciplinano per specifiche materie”.

Infine, tutte le restanti censure riguardano la disciplina del piano di “tutela dell'acqua” e il “piano di gestione”, nonché la disciplina di

adempimenti accessori connessi con l'attuazione dei piani stessi. L'infondatezza di tali questioni è argomentata dalla C. cost. sulla base della riconduzione di tali disposizioni alla materia "tutela dell'ambiente" e non al "governo del territorio". Sulla tale base la stessa Corte sostiene che lo Stato può fissare i criteri che le regioni debbono osservare nella predisposizione dei programmi in questione senza violare l'art. 117, co. 3, cost., né limitare la discrezionalità amministrativa delle regioni (ex art. 118 cost.) (Red. Flora Cozzolino).

Corte costituzionale, 30.7.2009, n. 253

Tutela della salute - consenso informato.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri propone, in riferimento all'art. 117, co. 3, cost. e all'art. 9, d.P.R. 31.8.1972 n. 670, questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, l. 6.5.2008 della provincia autonoma di Trento, n. 4.

La disposizione impugnata subordina il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti al consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto dei genitori, fermo l'obbligo del medico di informare il minore e di tenere conto della sua volontà assumendone l'assenso.

La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, l. provincia autonoma di Trento 6.5.2008, n. 4, in quanto con esso la provincia, nell'individuare i soggetti che possono accordare il consenso per il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti nonché le forme del relativo rilascio, ha ecceduto i limiti della propria competenza legislativa..

La C. cost. sottolinea come il consenso informato rivesta natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, vale a dire quello all'autodeterminazione e quello alla salute (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 30.7.2009, n. 252

Principi fondamentali dell'ordinamento - artt. 4, co 1, e 5, co. 2, l. reg. Marche 29.4.2008, n. 7 (Modifiche e integrazioni alla l. reg. 10.8.1988, n. 34 recante "Finanziamento delle attività dei gruppi consiliari").

Nella sentenza in oggetto la C. cost. è stata chiamata a giudicare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, co. 1, e 5, co. 2, l. reg. Marche 29.4.2008, n. 7, i quali consentono il conferimento di incarichi e l'instaurazione di

rapporti di collaborazione coordinata e continuativa presso i gruppi consiliari e le segreterie della Giunta regionale delle reg. Marche a personale esterno all'amministrazione regionale, indipendentemente dal possesso dei requisiti fissati dall'art. 7, co. 6, d. lgs. n. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

Con riferimento agli artt. 3 e 97 cost., la C. cost. ha dichiarato fondata la questione, in quanto il riconoscimento di un certo grado di autonomia nella scelta dei propri collaboratori esterni, a favore dei gruppi consiliari (e, per analogia, delle giunte regionali), non esime la regione dal rispetto del canone di ragionevolezza e di quello del buon andamento della pubblica amministrazione. La Corte, infatti, ha stabilito che la previsione dell'assunzione (sia pure a tempo determinato) di personale sfornito dei requisiti normalmente richiesti per lo svolgimento delle funzioni che è destinato ad espletare, determina l'inserimento dell'organizzazione pubblica di soggetti che non offrono le necessarie garanzie di professionalità e competenza (C. cost. 21.02.08, n. 27). La regione, cioè, può derogare ai criteri statali circa la scelta dei collaboratori, purché preveda, in alternativa, altri criteri di valutazione, ugualmente idonei a garantire la competenza e la professionalità dei soggetti di cui si avvale ed a scongiurare il pericolo di un uso strumentale e clientelare delle cd. esternalizzazioni.

È da notare che la Corte, insieme alla disposizione impugnata, ha dichiarato l'incostituzionalità anche dell'art. 1, co. 1, l. reg. Marche 15.7.2008, n. 22 (Modifica dell'art. 6, co.4, della l. regionale 10.8.1988, n. 34 "Finanziamento dell'attività dei gruppi consiliari") che aveva apportato modificato soltanto alcuni aspetti marginali della norma (Red. Filippo Barbagnolo).

Corte costituzionale, 24.7.2009, n. 251

Tutela dell'ambiente – Governo del territorio - Artt. 91, co. 2 e 6, 95, co. 5, 96, co. 1, 113, co. 1, 114, co. 1, e 116 d.l. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente).

Nel presente giudizio la C. cost. è chiamata a giudicare la legittimità costituzionale di alcuni articoli del d.l. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente). Delle numerose censure sollevate dalle ricorrenti la C. cost. esamina nel merito solo quelle relative agli artt. 91, co. 2 e

6, 95, co. 5, 96, co. 1, 113, co. 1, 114, co. 1, e 116 del d.l. in oggetto, in riferimento agli artt. 76, 117 e 118 cost. e del principio di leale collaborazione, dichiarandole non fondate.

In primo luogo, per ciò che riguarda la lamentata violazione dell'art. 76 cost. i giudici sottolineano che per sostenere l'illegittimità del d.l. de quo per contrasto con i principi enunciati dalla delega legislativa (l. 308/04) non è sufficiente "la mera deduzione dell'effetto riduttivo delle attribuzioni regionali della disciplina posta dal d. lgs. n. 152 rispetto a quella contenuta nel d. lgs. n. 112 del 1998". Infatti, anche se la legge delega include tra i principi direttivi, oltre all'art. 117 cost., anche il riparto di competenze previsto dalla l. 15.03.97, n. 59 e dal d.l. 31.03.98, n. 112, l'interpretazione della stessa delega legislativa deve dare preminente rilievo alle fonti costituzionali.

Successivamente, per ciò che riguarda la violazione degli artt. 117 e 118 cost., nonché del principio di leale collaborazione la C. cost. in primo luogo sostiene che, nonostante parte delle disposizioni impugnate (art. 91, co. 1 e 2) abbiano assegnato un ruolo primario alla funzione statale di individuazione delle cosiddette "aree sensibili" esposte al rischio di inquinamento – funzione precedentemente riconosciuta solo alle regioni sulla base del sistema normativo delineato dai dd.ll. nn. 112 del 1998, e 152 del 1999 – tali disposizioni non sono costituzionalmente illegittime. Ciò avviene perché, premesso che la norma censurata è ascrivibile alla "materia dell'ambiente", l'allocazione delle funzioni amministrative operata con la disposizione impugnata risulta coerente con il principio di sussidiarietà in quanto la citata funzione amministrativa statale di individuazione (da esercitarsi comunque previa acquisizione del parere della Conferenza Stato-regioni) risulta aggiuntiva rispetto a quella attribuita precedentemente alle regioni.

Infine la Corte dichiara non fondate anche le restanti censure sostenendo che le disposizioni impugnate, anche se attribuiscono all'"Autorità di bacino" (organo di natura statale) funzioni soggette a possibile incidenza su ambiti di competenza concorrente (governo del territorio), il coinvolgimento delle regioni è assicurato da forme di codecisione paritaria, quali la partecipazione dei Presidenti delle regioni e delle province autonome interessate all'organo principale dell'Autorità stessa, cioè la Conferenza istituzionale permanente (Red. Flora

Cozzolino).

Corte costituzionale, 16.7.2009, n. 250

Tutela dell'ambiente – tutela della salute – formazione professionale - artt. 267, co. 4, lett. a), 269, co. 2, 3, 7 e 8, 281, co. 10, 282, 284 e 287, co. 1, 4, 5 e 6, d. lgs 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente).

L'oggetto del presente giudizio è costituito da numerosi articoli del d. lgs 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente).

Innanzitutto la Corte ha accolto le censure relative alle disposizioni che prevedono l'attribuzione all'Ispettorato provinciale del lavoro del compito di rilasciare il patentino di abilitazione, all'esito di un corso e del superamento di un esame finale.

Ad avviso della Corte esse sono in contrasto con le disposizioni originariamente disciplinate dall'art. 16 l. 13.7.1966, n. 615 (Provvedimenti contro l'inquinamento atmosferico), e dell'art. 84, lett. b), d. lgs. 31.3.1998 n. 112, il quale aveva conferito alle regioni il "rilascio dell'abilitazione alla conduzione di impianti termici civili compresa l'istituzione dei relativi corsi di formazione". Le disposizioni censurate, infatti, pretendono illegittimamente di allocare presso lo Stato una funzione amministrativa in materia riservata alla competenza regionale e, nel contempo, di disciplinare in rapporto ad essa le modalità della formazione professionale per mezzo dei corsi di abilitazione e del conseguente esame (art. 287, co. 1, d. lgs. 152/2006).

La Corte, infine, dichiara l'illegittimità anche di parte dell'art. 287, co. 4 e 5, e dell'intero co. 6, in quanto si tratta di disposizioni intrinsecamente collegate a quella di cui al co. 1, ai sensi dell'art. 27 l. 11.3.1953, n. 87.

Tutte le censure relative ai restanti articoli in oggetto, invece, sono state dichiarate non fondate. Dinanzi alla lamentata violazione della potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute e di governo del territorio, la Corte di fatto risponde che le disposizioni in esame sono riconducibili in primo luogo alla tutela dell'ambiente. Ciò nonostante l'art. 281, co. 10, provvedendo ad allocare l'esercizio della funzione in sede regionale, si dimostra ad avviso della Corte rispettosa dell'art. 118 cost., mentre la previsione dell'intesa agisce da strumento di raccordo idoneo a soddisfare il canone della leale collaborazione, in presenza di una concorrenza di competenze dello Stato e della regione.



Infine la Corte dichiara infondata anche la censura dell'art. 269, co. 3, in relazione all'art. 120 cost., poichè la censura è posta dalla ricorrente non in riferimento al potere sostitutivo stesso esercitato dal Ministro dell'ambiente, ma alla mancata assicurazione di "idonee garanzie procedurali all'ente sostituito" (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 16.7.2009, n. 249

Sicurezza ambientale – rifiuti - artt. 199, 204 e 205 d. lgs 3.4.2006, n. 152.

La Corte ha dichiarato incostituzionale le norme, ai sensi degli artt. 117 e 118 cost., gli artt. 199, 204 e 205 d. lgs. n. 152/2006 che disciplinano i piani regionali di gestione dei rifiuti e, in particolare il co. 9, dell'art. 199, dove si prevede, in capo al solo Stato, il potere sostitutivo nel caso in cui le autorità competenti non realizzino gli interventi previsti dal piano regolatore e tali omissioni possano arrecare un grave pregiudizio all'attuazione dello stesso piano. La Corte ha affermato, infatti, che si tratta di una ipotesi di sostituzione statale diretta in caso di inerzia degli enti locali, senza che le regioni, competenti all'adozione del piano, siano poste nella condizione di esercitare il proprio potere sostitutivo, con conseguente lesione delle relative attribuzioni.

La Corte ha, parimenti, dichiarato incostituzionale anche l'art. 199, co. 8 e l'art. 204, co. 3, del richiamato d. lgs., per violazione dell'art. 120, co. 2, cost. alla luce di quanto previsto dall'art. 8 l. 5.6.2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. 18.10.2001, n. 3), nella parte in cui si conferisce l'esercizio del potere sostitutivo statale nei confronti delle regioni al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, anziché all'organo di vertice del Governo nazionale.

A tal proposito la Corte precisa che solo la legge regionale, nel disciplinare l'esercizio di funzioni amministrative di competenza dei comuni nelle materie di propria competenza, può prevedere poteri sostitutivi in capo ad organi regionali per il compimento di atti o attività obbligatorie, nel caso di inerzia o di inadempimento da parte dell'ente competente.

Infine, una ulteriore eccezione, considerata fondata e dichiarata incostituzionale dalla Corte, riguarda l'art. 205, co. 6, del medesimo d. lgs. nella parte in cui, prevedendo che le regioni possano indicare maggiori obiettivi di riciclo

e di recupero dei rifiuti tramite apposita legge, previa intesa con il Ministro dell'ambiente, produrrebbe un anomalo vincolo amministrativo sulla funzione legislativa regionale, in violazione degli artt. 114 e 117 cost. La Corte, in proposito, sottolinea che la sottoposizione a vincoli procedurali dell'esercizio della competenza legislativa regionale in tema di individuazione di maggiori obiettivi di riciclo e recupero dei rifiuti, che la stessa norma statale impugnata attribuisce ad essa, determina evidentemente una lesione della sfera di competenza regionale (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 16.7.2009, n. 248

Sicurezza ambientale - sostanze pericolose.

Il Governo ha proposto questione di legittimità costituzionale, in via principale, sull'art. 2, co. 1, 2, lett. c) e d), e 3, lett. h), i) e j), l. reg. Puglia 7.5.2008, n. 6, relativa a disposizioni in materia di incidenti connessi con sostanze pericolose, sostenendo che la legge invaderebbe la competenza legislativa statale in materia ambientale (ex art. 117, co. 2, lett. s, cost.) in quanto la disposizione impugnata attribuisce alla regione il compito di individuare ed emanare linee guida in materia di ispezioni e controlli nelle aziende a rischio di incidente e le aree ad elevata concentrazione di stabilimenti pericolosi.

La Corte ritiene la questione infondata, in quanto la normativa regionale, non solo non invade la sfera di competenza statale in materia ambientale, attribuita con l'art. 117, co. 2, lett. s) cost., ma rappresenta applicazione di quanto alla regione demanda la stessa legge statale.

La Corte, in considerazione della lamentata violazione dell' art. 16 d. lgs. 17.8.1999, n. 334, attuativo della dir. Ce 96/82 – in base alla quale è affidata ad organi dello Stato la competenza relativa ai controlli dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con sostanze pericolose – ha ribadito che le norme comunitarie e statali che si riferiscono a materie inerenti la salute umana, il governo del territorio e la protezione civile, sono riconducibili a sfere di competenza regionale concorrente comprese tra quelli elencate nell'art. 117, co. 3, cost. e, pertanto risultano legittimi gli interventi posti in essere dalla regioni. Cfr. C. cost 10.7.2002 n. 407, 24.3.2005 n. 135, 23.1.2006 n. 32 (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 24.7.2009, n. 247

Tutela dell'ambiente - gestione dei rifiuti - bonifica dei siti inquinati - Artt. 223, 233, 234, 236, 238, 241, 252 e 265, co. 3, d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale – parte quarta – Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati).

In relazione all'art. 223 d. lgs. n. 152/2006, ad avviso della C. cost. la previsione che i consorzi per il recupero ed il riciclo degli imballaggi sono strutturati su base nazionale “trova una non implausibile giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti [...] risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale”. E lo stesso ragionamento viene svolto dalla C. cost. in riferimento alle funzioni attribuite ai Consorzi nazionali di raccolta e trattamento degli oli e dei grassi vegetali ed animali esausti (art. 233 d. lgs. n. 152/2006), ai Consorzi nazionali per il riciclaggio di rifiuti di beni in polietilene (art. 234 d. lgs. n. 152/2006) e ai Consorzi nazionali per la gestione, raccolta e trattamento degli oli minerali usati (art. 236 d. lgs. n. 152/2006).

In relazione all'art. 238 d. lgs. n. 152/2006, che disciplina la tariffa per la gestione dei rifiuti urbani, la Corte ha precisato che, a prescindere dalla qualificazione da riconoscersi alla tariffa stessa (corrispettivo del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani e, dunque, inquadrabile nelle materie dell'ordinamento civile, della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, oppure tributo e, dunque, oggetto precluso alle regioni “fino all'attuazione da parte del legislatore statale del nuovo disegno costituzionale”), la disciplina è comunque ascrivibile alla competenza esclusiva dello Stato con conseguente impossibilità delle regioni di interferire con la legge statale.

In relazione all'art. 241 d. lgs. n. 152/2006, con riferimento alla bonifica delle aree adibite alla produzione agricola o all'allevamento del bestiame, la Corte ha rilevato che, sebbene la materia della bonifica dei siti contaminati sia da collocarsi nella tematica relativa alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, lo stesso legislatore nazionale ha riconosciuto con la previsione di una normativa differenziata la peculiarità dei siti in questione.

Di conseguenza, nella emanazione del relativo regolamento, “appare certamente in contrasto col principio di leale collaborazione avere escluso [...] l'apporto partecipativo delle regioni”, rientrando la relativa materia nella loro competenza legislativa residuale (agricoltura e zootecnia). Dunque, il suddetto regolamento dovrà essere emanato sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 d. lgs. n. 281/1997.

In riferimento all'art. 252 d. lgs. n. 152/2006 che regola le procedure di bonifica dei siti di interesse nazionale, la Corte ha ribadito che “la disciplina ambientale, che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, costituisce un limite alla disciplina che le regioni e le province autonome dettano in altre materie di loro competenza”, le quali dunque non possono in alcun modo derogarvi neppure con una disciplina più rigorosa. Nel caso di specie, infatti, anche in ragione della sussistenza di un interesse unitario alla disciplina omogenea di siti che travalicano l'interesse locale e regionale, deve ritenersi prevalente il titolo di legittimazione statale (tutela dell'ambiente) su eventuali ambiti di competenza regionale.

Infine, la Corte, in relazione all'art. 265, co. 3, d. lgs. n. 152/2006, in tema di individuazione delle forme di promozione e di incentivazione per la ricerca e per lo sviluppo di nuove tecnologie di bonifica presso le università e presso le imprese e i loro consorzi, ha dichiarato che è necessario prevedere nella fase di attuazione della disposizione il coinvolgimento delle regioni e degli enti locali tramite il parere della Conferenza unificata di cui all'art. 8 d. lgs. n. 281/1997, stante la connessione con la materia della ricerca scientifica e tecnologica di competenza legislativa concorrente.

La C. cost., analogamente a quanto disposto con la decisione C. cost. 23.7.2009, n. 235, ha ribadito che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e che, quindi, la scelta di attribuire, nella suddetta materia, funzioni amministrative al livello statale risponde a criteri di uniformità e unitarietà stante la difficoltà di circoscrivere gli effetti del danno ambientale entro un preciso e limitato ambito territoriale (Red. Francesca Romani).

Corte costituzionale, 24.7.2009, n. 246

Tutela dell'ambiente - gestione delle risorse idriche - artt. 136, 148, 150, 153, 154, 155 e



166, co. 4, d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale – parte terza – Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche).

In relazione all'art. 136 d. lgs. n. 152/2006, in tema di sanzioni amministrative in materia di inquinamento idrico, la Corte ha chiarito che la disciplina delle sanzioni amministrative non costituisce una materia a sé, ma rientra nell'ambito materiale cui le sanzioni stesse si riferiscono. Pertanto, nel caso di specie, la regolamentazione della destinazione del gettito delle sanzioni è funzionale alla disciplina delle sanzioni amministrative previste dalla parte terza, le quali si riferiscono a violazioni in materia di scarichi e di tutela della qualità dei corpi idrici, come tali ascrivibili alla materia della tutela dell'ambiente di competenza legislativa esclusiva dello Stato, a nulla rilevando il fatto che di tali somme sia previsto il versamento "all'entrata del bilancio regionale". Di conseguenza, tale disposizione, non prevedendo un illegittimo vincolo di destinazione dei proventi delle sanzioni amministrative riscosse dalle regioni, non si pone in contrasto con la giurisprudenza costituzionale in materia di fondi vincolati.

In riferimento all'art. 148 d. lgs. n. 152/2006 che individua nell'Autorità d'ambito la struttura alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze spettanti agli enti locali in materia di gestione delle risorse idriche, la Corte ha riconosciuto che la norma in esame non menoma la preesistente autonomia amministrativa degli enti locali, in quanto si limita a "razionalizzare" il quadro normativo esistente, senza privare gli enti territoriali dei poteri amministrativi loro conferiti dal d. lgs. n. 112/1998. Inoltre, la Corte ha chiarito che la norma attiene all'esercizio di competenze legislative esclusive statali nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, "materie che hanno prevalenza su eventuali titoli competenziali regionali ed, in particolare, su quello dei servizi pubblici locali". Per quanto attiene, invece, al co. 3, la C. cost. ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui prevede che "i bilanci preventivi e consuntivi dell'Autorità d'ambito e loro variazioni sono pubblicati mediante affissione ad apposito albo, istituito presso la sede

dell'ente", in quanto trattasi di una disciplina di minuto dettaglio "incidente sulla materia dei servizi pubblici locali".

In relazione all'art. 150 d. lgs. n. 152/2006 che, nel disciplinare la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso, contiene un rinvio al disposto dell'art. 113, co. 5 e 7, d. lgs. n. 267/2000, la C. cost. ha affermato la legittimità costituzionale della norma censurata in quanto riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale.

La Corte, rispetto all'art. 153 d. lgs. n. 152/2006 che si riferisce alle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali, ha rilevato che la disciplina della dotazione dei gestori del servizio idrico integrato è riconducibile in prevalenza alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento civile.

In relazione agli artt. 154 e 155 d. lgs. n. 152/2006, che disciplinano rispettivamente la tariffa del servizio idrico integrato e la tariffa del servizio di fognatura e depurazione, la C. cost. ha precisato che non sussiste alcuna violazione delle competenze regionali in quanto le norme censurate sono ascrivibili, in prevalenza, alla tutela dell'ambiente e alla tutela della concorrenza, materie di competenza legislativa esclusiva statale.

In riferimento all'art. 166, co. 4, d. lgs. n. 152/2006, che attribuisce al consorzio di bonifica ed irrigazione interessato il potere di determinare il contributo – che, a norma del precedente co. 3, deve essere versato da chiunque, non associato ai consorzi, utilizzi canali consortili o acque irrigue come recapito di scarichi – la C. cost. ha ritenuto che la norma censurata è in realtà diretta ad acquisire un'entrata patrimoniale che consenta di far fronte alle spese consorziali necessarie per il perseguimento delle finalità di bonifica e di irrigazione cui sono istituzionalmente deputati i consorzi medesimi e che si caratterizza, dunque, come "tributo statale" (art. 117, co. 2, lett. e, cost.).

La C. cost., conformandosi ai propri precedenti giurisprudenziali, ha ribadito che la regolamentazione delle sanzioni amministrative non è in grado di autonomizzarsi come materia in sé, ma accede alle materie sostanziali cui le sanzioni stesse si riferiscono (tra le altre, cfr. C. cost. 19.12.2003, n. 361; 13.1.2004, n. 12 e 14.10.2005, n. 384) (Red. Francesca Romani).

Corte costituzionale, 24.7.2009, n. 240

Art. 5, co. 1, 6 e 9, lett. b), n. 14), e art. 12, d. l. 27.5.2008, n. 93 (Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie), convertito, con modificazioni, dalla l. 24.7.2008, n. 126 ed elenco n. 1 allegato al predetto d.l..

La regione siciliana ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma finalizzata all'adozione "di misure volte alla ristrutturazione dei mutui bancari, nonché di rilancio e sviluppo economico" per le famiglie, realizzati mediante la riduzione di alcune risorse già assegnate alla regione Siciliana. Le disposizioni denunciate, ad avviso della ricorrente, atterrebbero "direttamente e specificamente" agli interessi della stessa, in quanto sottraggono "risorse ed interventi specifici per la Sicilia". Quindi, il mancato coinvolgimento del Presidente della regione Siciliana prima della emanazione di tali disposizioni, comporterebbe la violazione sia dell'art. 21, ultimo co., dello statuto speciale regionale – che stabilisce che il Presidente della regione partecipa con il rango di Ministro, al Consiglio dei ministri con voto deliberativo nelle materie che interessano la regione ed il d. lgs. n. 35/2004 disciplina specificamente tale partecipazione – e delle correlate norme di attuazione approvate con il d. lgs. n. 35/2004, sia del principio di leale collaborazione.

La Corte ha risolto la questione di legittimità rilevando che il grado di coinvolgimento del Presidente della regione nelle riunioni del Consiglio dei ministri varia in ragione del tipo di interessi su cui vi incidono determinati provvedimenti legislativi. In particolare, il d. lgs. n. 35/2004 fa una netta distinzione tra "la sfera di attribuzioni proprie e peculiari", da un lato, e "ogni altra ipotesi" di "interesse differenziato, proprio e peculiare" della regione Siciliana, dall'altro lato. Da ciò ne emerge l'obbligo del Presidente del Consiglio dei Ministri di invitare il Presidente della regione Siciliana a partecipare alle riunioni di detto consiglio, solo nel caso in presenza di interessi che attengono ad "attribuzioni proprie e peculiari" della regione. Nella specie, la ricorrente non ha fatto alcun cenno alle attribuzioni proprie e peculiari che sarebbero state coinvolte dalle disposizioni censurate, ma si è limitata ad affermare genericamente che queste ultime coinvolgerebbero direttamente e specificamente la predetta regione ed i suoi interessi. Quest'ultima ipotesi,

però, secondo il decreto di attuazione dello statuto speciale regionale, consente al Presidente della regione solo di avanzare la richiesta di essere invitato a partecipare al Consiglio dei ministri. La Corte ha così ricordato che, in base alla giurisprudenza della stessa, la previsione negli statuti regionali di autonomia speciale dell'obbligo di invitare i Presidenti regionali a partecipare alle sedute del Consiglio dei ministri, quando queste abbiano all'ordine del giorno questioni di particolare interesse per la regione, costituisce norma di carattere eccezionale e, pertanto, di stretta interpretazione (C. cost., 14.3.1968, n. 1) (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 24.7.2009, n. 237

Comunità montane – principi di coordinamento della finanza pubblica - art. 2, co. 17, 18, 19, 20, 21 e 22, l. 24.12.2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008).

Le questioni formulate dalle ricorrenti vertono sull'asserita lesione della potestà legislativa regionale in materia di comunità montane e sulla carenza di titoli di legittimazione dello Stato ad adottare la disciplina in esame.

La Corte rigetta le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 17, l. finanziaria 2008, che prescrive il riordino delle comunità montane per finalità di contenimento della spesa pubblica. La disposizione in esame, infatti, pur incidendo su una materia – l'ordinamento delle comunità montane – di competenza regionale residuale, rinviene un autonomo titolo di legittimazione nella competenza dello Stato relativa al coordinamento della finanza pubblica ex art. 117, co. 3, cost. La norma oggetto di impugnazione si limita a fissare obiettivi di contenimento complessivo della spesa corrente di regioni ed enti locali, senza individuare in modo esaustivo strumenti o modalità di perseguimento di tali obiettivi, e pertanto può essere ricondotta tra i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica di competenza del legislatore statale. Sotto il profilo funzionale, l'ordinamento delle comunità montane non costituisce l'oggetto della normativa censurata ma solo il settore in cui deve operare la riduzione della spesa pubblica corrente.

Ad avviso della Corte, anche l'art. 2, co. 18, che individua i "principi fondamentali" di cui le regioni devono tener conto nel disporre il

riordino delle comunità montane, se correttamente interpretato, non invade la competenza legislativa regionale. Questo perché la disposizione de quo si limita a fornire al legislatore regionale alcuni “indicatori” che non sono però né vincolanti, né dettagliati, né autoapplicativi.

La Corte accoglie invece la questione di legittimità costituzionale in ordine all’art. 2, co. 20 e 22, perché contenente disposizioni di dettaglio, autoapplicative e pertanto non riconducibili all’alveo dei principi fondamentali della materia di coordinamento della finanza pubblica, prevedendo il primo gli effetti conseguenti al mancato riordino delle comunità montane nei termini prescritti e il secondo gli aspetti relativi alla fase successiva alla soppressione delle comunità montane. Peraltro, chiarisce la Corte, l’art. 2, co. 20, contiene anche una disposizione – quella relativa alla garanzia della presenza delle minoranze negli organi consiliari delle comunità – che esula dalla materia del coordinamento della finanza pubblica, in quanto attiene esclusivamente all’ambito dell’ordinamento delle comunità montane, che rientra nella competenza residuale delle regioni.

Infine, la Corte dichiara l’incostituzionalità dell’art. 2, co. 21, nella parte in cui dispone la caducazione, con atto amministrativo dello Stato, delle leggi regionali di riordino delle Comunità montane ritenute inadeguate a garantire le riduzioni di spesa di cui all’art. 2, co. 17. La norma, chiarisce la Corte, viola non il criterio di riparto delle competenze di cui all’art. 117, ma anche il principio di legalità sostanziale non essendo previsto nella Costituzione che l’esercizio della potestà legislativa statale possa rendere inapplicabile una legge regionale (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 23.7.2009, n. 235

Tutela dell’ambiente - danno ambientale - artt. 299, co. 5, 304, co. 3, 305, co. 2, e 306, co. 2, d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale – parte sesta – Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all’ambiente).

La C. cost. ha chiarito la natura dei rapporti intercorrenti fra la competenza legislativa esclusiva statale nella materia della tutela dell’ambiente (nella quale rientra il danno ambientale) e le competenze legislative regionali in altre materie, su cui la disciplina statale ambientale può incidere. In particolare, la Corte

ha osservato che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente è rimessa in via esclusiva allo Stato e deve assicurare un elevato livello di tutela, come tale inderogabile dalle discipline di settore dettate dalle regioni in materie che riguardano l’utilizzazione dell’ambiente stesso.

Secondo la Corte, dunque, la disciplina statale in materia di tutela dell’ambiente rappresenta un limite alla disciplina che le regioni dettano in altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevate, essendo la disciplina ambientale statale inderogabile in pejus. La C. cost. ha così rilevato che in materia di danno ambientale non può sussistere alcuna “interferenza” fra competenza legislativa statale e regionale, stante la prevalenza della prima, finalizzata alla tutela dell’ambiente, sulla seconda, che attiene invece all’uso e alla fruizione dell’ambiente stesso. Di conseguenza, nella suddetta materia non trova applicazione il principio di leale collaborazione.

La Corte, inoltre, ha affermato che la scelta di attribuire all’amministrazione statale le funzioni amministrative in tema di prevenzione e ripristino del danno ambientale (artt. 304, 305 e 306 d. lgs. n. 152/2006) non si pone in contrasto con l’art. 118 cost. in quanto tale scelta trova una ragionevole giustificazione nell’esigenza di assicurare che lo svolgimento di esse risponda a criteri di uniformità e unitarietà non potendo il livello di tutela ambientale variare da zona a zona.

La C. cost., stabilendo che la competenza legislativa statale in materia di tutela dell’ambiente prevale sulla disciplina dettata dalle regioni in materie di loro competenza che riguardano l’utilizzazione dell’ambiente stesso, si è conformata alle proprie precedenti decisioni (tra le altre, cfr. C. cost. 23.1.2009, n. 12 e 5.3.2009, n. 61) (Red. Francesca Romani).

Corte costituzionale, 15.7.2009, n. 234

Tutela dell’ambiente – valutazione di impatto ambientale - artt. da 23 a 51 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale, parte II – titolo III - valutazione di impatto ambientale).

La Corte dichiara infondate le censure proposte dalle regioni ricorrenti in relazione a diverse norme della sezione del codice dedicata alla valutazione di impatto ambientale, confermando la legittimità dell’impianto delineato dal

d.lgs. 152/2006.

Parte delle censure prospettate dalle regioni (in relazione agli articoli da 26 a 34 e da 43 a 47 del codice, art. 28, art. 29, art. 31, art. 32, art. 33, art. 34, art. 43) sono state dichiarate inammissibili per genericità in quanto non risultano adeguatamente indicate le prerogative legislative violate.

Altre norme (art. 26, art. 27, art. 44, art. 46) sono state censurate dalle regioni perché di eccessivo dettaglio. In tali casi la Corte ha osservato che, trattandosi la tutela dell'ambiente di materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, non viene neppure in rilievo la dicotomia "norme di principio – norme di dettaglio", che inerisce le materie di competenza concorrente.

In relazione all'art. 25 (valutazione dello studio di impatto ambientale), le regioni evidenziano l'interferenza con materie di competenza regionale quali il governo del territorio e la tutela della salute e asseriscono pertanto la violazione del principio di leale collaborazione vista la inadeguatezza delle forme di coordinamento previste. La Corte, facendo esplicito riferimento al criterio di prevalenza, ha ritenuto che anche in presenza di ambiti materiali di competenza legislativa regionale, deve ritenersi prevalente, in ragione della precipua funzione cui assolve la normativa censurata, il titolo di legittimazione statale.

Sempre in riferimento allo stesso art. era stata dedotta da parte delle ricorrenti la violazione dell'art. 118 cost. e delle prerogative regionali in relazione alle funzioni amministrative. La Corte ha respinto la censura chiarendo nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, spetta al legislatore statale attribuire le relative funzioni amministrative ai diversi livelli di governo (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 15.7.2009, n. 233

Tutela dell'ambiente – tutela delle acque dall'inquinamento - artt. da 73 a 140 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale parte III- sezione II – tutela delle acque dall'inquinamento).

Le ricorrenti hanno censurato le norme della sezione del codice che regolano la tutela delle acque dall'inquinamento anche sotto l'aspetto degli strumenti pianificatori e gestionali sostenendo l'incidenza delle stesse su materie attribuite alla competenza legislativa concorrente (governo del territorio, tutela della salute, tute-

la dell'alimentazione) e in alcuni casi di competenza regionale residuale (pesca).

La Corte ha rigettato il ricorso chiarendo che le norme censurate rientrano nella materia "tutela dell'ambiente" attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato che dunque può legiferare anche nel dettaglio e non solo dettare principi generali come nelle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente.

La Corte ha infine ritenuto che il legislatore statale abbia rispettato il principio di leale collaborazione prevedendo, con riferimento alle norme che potrebbero interferire con materie attribuite alla competenza legislativa residuale delle regioni (come ad esempio la pesca) il ricorso allo strumento dell'intesa con il ministero delle politiche agricole e forestali (art. 87) (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 15.7.2009, n. 232

Tutela dell'ambiente - difesa del suolo e lotta alla desertificazione - artt. 55, 57, 58, 61, 63, 64, 65 d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale - parte terza - sezione prima - norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione).

La Corte ha ritenuto legittimo l'ampliamento delle competenze statali in materia di difesa del suolo e tutela delle acque introdotto dal d. lgs. n. 152/2006, ritenendo che tali norme non rientrano nell'ambito di competenza legislativa della materia governo del territorio (art. 117, co. 3 cost.), di natura concorrente, come sostenuto dalle regioni ricorrenti, bensì nella materia della tutela dell'ambiente (art. 117, co. 2, lett. s. cost.) di competenza statale esclusiva.

Con riferimento alle forme di collaborazione istituzionale tra Stato e regioni, da adottarsi in attuazione del principio di leale collaborazione, la sentenza ha avallato l'impianto del codice, per il quale le norme della intera sezione rientrano nella materia di competenza statale esclusiva della tutela dell'ambiente e, pertanto, nell'esercizio delle attività ivi previste (conoscitive, di pianificazione, programmazione e attuazione) non è costituzionalmente imposta, quale forma di collaborazione istituzionale, l'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, essendo sufficiente la previsione del semplice parere espresso dalla Conferenza medesima. In base a tale criterio la Corte ha dichiarato infondate le questioni proposte relativamente all'art. 57 co. 1, lett. a), n. 4 (atto di indirizzo e coordinamento), all'art. 57, co. 1, lett. a), n. 2



(piani di bacino), all'art. 58, co. 3, lett. b) (difesa del suolo da frane e altri fenomeni di dissesto idrogeologico), all'art. 69, co. 2 (programmi di intervento), all'art. 72 (programmi di finanziamento), essendo in tutti i casi prevista nella relativa procedura di adozione il parere della Conferenza Stato-regioni.

Al contrario, la Corte ha dichiarato incostituzionali gli art. 57, co. 1, lett. b), (programma nazionale di intervento), 58, co. 3, lett. a), (programmazione, finanziamento e controllo degli interventi in materia di difesa del suolo) e 58, co. 3, lett. d), (linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale).

Nell'adozione di tali strumenti, in quanto suscettibili di produrre significativi effetti indiretti anche nella materia del governo del territorio, di competenza concorrente, deve essere previsto il coinvolgimento delle regioni almeno nella forma del parere della Conferenza Stato-regioni.

In relazione al nuovo generale assetto e distribuzione delle competenze delineato in materia di difesa del suolo e tutela delle acque dal d.lgs. 152/2006, la Corte ha avallato la contrazione delle competenze regionali (art. 61), considerandola conseguenza della modifica del sistema di pianificazione in materia di difesa del suolo e tutela delle acque e della modificazione dell'ambito territoriale cui si riferiscono gli strumenti di pianificazione, in ottemperanza alla normativa comunitaria. La sentenza ha rigettato il ricorso in relazione alla disciplina delle Autorità di bacino distrettuali, dei distretti idrografici e di piani di bacino (artt. 63, 64 e 65), escludendone la riconducibilità alla materia del governo del territorio, e confermando la competenza esclusiva statale in quanto attinenti alla materia della tutela dell'ambiente.

Infine, la Corte ha dichiarato infondate le censure con le quali le ricorrenti lamentavano il mancato coinvolgimento nel procedimento di individuazione dei distretti in quanto l'esercizio dell'attività legislativa sfugge al principio di leale collaborazione.

Nell'ambito delle altre sentenze sul d. lgs. n. 152/2006, in relazione al presunto vizio di eccesso di delega e al carattere di innovatività del t.u. ambientale rispetto alla normativa previgente, si veda la sentenza n. 225 del 2009 (sugli aspetti generali del d. lgs. n. 152/2006) e le sentenze nn. 246 e 247 del 2009.

Sull'esclusione dell'applicazione del principio di leale collaborazione nell'esercizio dell'atti-

vità legislativa si sono espresse, nello stesso senso, anche le sentenze nn. 225, 235 e 251 del 2009 confermando un consolidato orientamento generale (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 22.7.2009, n. 226

Tutela del paesaggio – ambiente - art. 131, co. 3, del d. lgs. 22.1.2004, n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della l. 6.7.2002, n. 137); art. 2, co. 1, lett. a), del d. lgs. 26.3.2008, n. 63 (ulteriori disposizioni integrative e correttive del d. lgs. 22.1.2004, n. 42, in relazione al paesaggio).

La provincia autonoma di Trento ha proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 131, co. 3, del d. lgs. 22.1.2004, n. 42 come modificato dall'art. 2, co. 1, lett. a), del d. lgs. 26.3.2008, n. 63 “nella parte in cui include la provincia autonoma di Trento tra le regioni soggette al limite della potestà legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, co. 2, lettera s)” cost. La ricorrente contesta che la norma impugnata assoggetterebbe la provincia autonoma alla potestà esclusiva statale in materia di tutela del paesaggio, mentre il proprio statuto speciale configura una situazione esattamente opposta; inoltre l'art. 117, co. 2, lett. s), di norma, non può essere mai applicato ad una regione speciale per restringere, anziché ampliare, una sua competenza statutaria.

La Corte afferma che la conservazione ambientale e paesaggistica spetta, in forma esclusiva, allo Stato che però deve tenere conto degli statuti speciali di autonomia. Nel caso specifico, dunque, la competenza esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, co. 2, lett. s) non può operare nei confronti della provincia autonoma di Trento in materia di tutela del paesaggio, poiché essa è espressamente riservata, dallo statuto, alla sua competenza legislativa primaria.

Corte costituzionale, 22.7.2009, n. 225

Tutela ambientale – competenza Stato-regioni.

Premesso che i tredici ricorsi presentati dalle dodici regioni pongono questioni in parte analoghe, la C. cost. ha proceduto alla riunione degli stessi, suddividendo le censure sollevate in quattro aree tematiche oggetto di analisi. In relazione alla prima area tematica, avente ad oggetto le censure proposte nei confronti dell'intero decreto legislativo, per asseriti vizi nel procedimento di formazione dello stesso e per presunte violazioni della legge delega, la

Corte ha dichiarato le questioni sollevate infondate sia in riferimento al principio di leale collaborazione, atteso che, come già più volte chiarito in precedenti pronunce, l'esercizio dell'attività legislativa sfugge alle procedure di leale collaborazione, sia in riferimento agli artt. 5 e 76 cost., considerato che il termine concesso alla Conferenza Unificata per l'esame della bozza di decreto, anche se breve, è da ritenersi congruo.

Nella seconda area tematica, oggetto di analisi da parte della C. cost. rientrano le censure avverso singole disposizioni del d. lgs. n. 152/2006, che legittimerebbero regolamenti governativi in materia ambientale, materia in cui, risulterebbero prevalenti titoli di competenza regionale. La Corte ha ritenuto le questioni proposte non fondate specificando come, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost., lo Stato ha competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, mentre ai sensi dell'art. 117, co. 6, cost. esso ha competenza regolamentare nelle materie di propria esclusiva competenza. Ne consegue che lo Stato non solo è titolare del potere regolamentare contestato, ma che non sussiste un obbligo di coinvolgimento delle regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare dello Stato nelle materie riservate alla sua competenza esclusiva.

La terza area tematica attiene a censure sollevate nei confronti di specifiche disposizioni di cui al d. lgs. n. 152/2006 in riferimento all' art. 76 cost., in quanto la delega sarebbe stata esercitata dal Governo oltre il termine definito dal legislatore. La Corte, dichiarando la questione non fondata, rileva come la delega contenuta nella l. 15.12.2004, n. 308 non può ritenersi abrogata atteso che essa ha un oggetto sostanzialmente diverso riguardando non solo il recepimento della dir. CE 2001/42, in materia di valutazione ambientale strategica, ma anche la ridefinizione ed il coordinamento di tutte le valutazioni di compatibilità ambientale. In relazione infine alla quarta area tematica, relativa alla disciplina della valutazione ambientale strategica (VAS), la Corte rileva come in base a precedenti pronunce sul punto risulta consolidato il principio per cui "la valutazione ambientale strategica, disciplinata dalla dir. CE 2001/42, attiene alla materia tutela dell'ambiente" (Red. Francesco Sampunaro).

Corte costituzionale, 14.7.2009, n. 216
Sistema tributario e contabile dello Stato.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 l. reg. Piemonte 23.5.2008, n. 12 (legge finanziaria regionale per l'anno 2008) che prevede che, ai fini della determinazione della base imponibile per il calcolo dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP), sono esclusi i contributi regionali erogati nell'ambito del piano casa regionale "10.000 alloggi per il 2012" approvato con delibera del Consiglio regionale. La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della norma impugnata per violazione dell'art. 117 cost. in quanto l'IRAP, istituita e disciplinata dalla legge dello Stato, è un tributo che ricade nella potestà legislativa esclusiva dello Stato a norma dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost. La circostanza che il gettito sia in gran parte destinato alle regioni e che alcune funzioni di riscossione siano loro affidate non fa venir meno la natura statale dell'imposta e, di conseguenza, non fa di essa uno dei "tributi propri" della regione, ai quali fa riferimento l'art. 119 cost.. Pertanto, chiarisce la Corte, la disciplina, anche di dettaglio, dell'IRAP è riservata alla legge statale e l'intervento del legislatore regionale è ammesso solo nei termini stabiliti dallo Stato (C. cost., 26.11.2003, n. 296). Il d. lgs. n. 446/1997 consente alla legge regionale di intervenire su alcuni aspetti sostanziali e procedurali della sua disciplina, ma non di modificarne la base imponibile. Le disposizioni di cui all'art. 1, co. 43, l. 24.12.2007, n. 244, a norma del quale l'IRAP "assume la natura di tributo proprio della regione" e in futuro – a partire dal 2010, ai sensi dell'art. 42, co. 7, d.l. 30.12.2008, n. 207, convertito, con modificazioni, nella l. 27.2.2009, n. 14 – sarà "istituita con legge regionale", non consentono, comunque, di arrivare a conclusioni diverse. Infatti, la Corte afferma che, a prescindere dal fatto che l'"istituzione" con legge regionale non è ancora operativa, tali disposizioni non modificano sostanzialmente la disciplina dell'IRAP, che rimane statale (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 14.7.2009, n. 215

Lavoro - stabilizzazione precariato.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri propone, in riferimento agli artt. 3, co. 1, 97, co. 1 e 3, questione di legittimità costituzionale delle norme per la stabilizzazione del personale precario del servizio sanitario regionale e nello specifico dell'art. 1, co. 1 e 4, della l. reg.



Campania 14.4.2008, n. 5.

La Corte accoglie il ricorso affermando che la disposizione impugnata, estendendo la previsione “della trasformazione delle posizioni di lavoro a tempo determinato, già ricoperte da personale precario dipendente, con esclusione dei dirigenti di strutture complesse, degli enti del servizio sanitario regionale, in posizioni di lavoro dipendente a tempo indeterminato” anche nei confronti del personale dirigenziale e di comparto, viola l’art. 97, co. 1 e 3, cost., poiché la prevista stabilizzazione dei dirigenti degli enti del Servizio sanitario regionale (e delle aziende ospedaliere universitarie della Campania) introdurrebbe una deroga, priva di razionale giustificazione, al principio che individua nel pubblico concorso la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 14.7.2009, n. 213

Istruzione - esami di Stato - formazione professionale - riparto di competenze.

Viene sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, co. 2, lett. n), cost. con riferimento ad alcune norme della l. prov. Bolzano 12.11.1992, n. 40, che, da un lato, prevedono l’istituzione di corsi volti a far sostenere ai possessori di diplomi professionali un esame di Stato abilitante ad accedere a corsi universitari e, dall’altro, introducono, su base provinciale, un sistema di passaggio tra la formazione professionale provinciale e l’istruzione secondaria superiore statale diverso da quello statale, in quanto fondato su esami eventuali limitati alla sola area linguistica e matematica e privi della valutazione dei risultati ottenuti o dei crediti acquisiti.

La Corte accoglie il ricorso per quanto attiene alla istituzione dei corsi affermando che con essi si va ad introdurre un nuovo tipo di esame di Stato e dunque che la norma impugnata lede la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia. Inoltre, la Corte chiarisce che non ricorrono le condizioni per l’applicazione dell’art. 10 della l. cost. 18.10.2001, n. 3: la disciplina degli esami di Stato per l’accesso agli studi universitari ed all’alta formazione, ricadendo nella materia dell’istruzione, non può essere oggetto di una normativa differenziata su base territoriale, ma deve essere disciplinata in modo unitario su tutto il territorio nazionale, anche ai sensi di quanto disposto dall’art. 33, co. 5, cost. Ne discende un’invasione della

competenza legislativa riservata allo Stato, posto che la potestà legislativa di attuazione è conferita alla provincia solo per le esigenze del bilinguismo e dell’insegnamento di particolari materie.

Per quanto attiene al passaggio dalla formazione provinciale a quella secondaria superiore statale la Corte rileva che la materia è attribuita alla potestà legislativa concorrente. In particolare, la disciplina del passaggio tra sistemi rientra tra i principi fondamentali e, pertanto, le relative disposizioni devono necessariamente essere stabilite dallo Stato. Per tale ragione la Corte accoglie il ricorso (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 2.7.2009, n. 200

Istruzione – organizzazione scolastica – contenimento spesa pubblica – insegnante unico.

L’art. 64 del d.l. 25.6.2008, n. 112, che reca norme in materia di organizzazione scolastica nazionale, prevede che il ministero dell’istruzione, università e ricerca, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata Stato – regioni, città e autonomie locali e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, deve predisporre, entro quarantacinque giorni dalla entrata in vigore del decreto, un piano programmatico di interventi volti a razionalizzare l’utilizzo delle risorse umane e strumentali disponibili nell’ambito scolastico.

In particolare, si demanda a regolamenti statali l’attuazione del suddetto piano, finalizzato a garantire una migliore qualificazione dei servizi scolastici, la valorizzazione professionale del personale docente, la revisione delle dotazioni organiche del personale A.T.A. ed un risparmio finanziario nell’organizzazione scolastica.

La Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 64, co. 3 e 4, lett. da a) ad f), del d.l. 25.6.2008, n. 112, e s.m.i., in riferimento agli artt. 117 e 118 cost., nonché al principio di leale collaborazione. Al riguardo, la Corte ha proceduto in via preliminare alla ricostruzione del quadro ordinamentale e legislativo in materia di istruzione, anche alla luce del proprio consolidato orientamento giurisprudenziale.

Inoltre, sulla scorta del dettato normativo e della propria risalente giurisprudenza, la Corte ha ricondotto la normativa in materia di istruzione a tre grandi categorie, ovvero, “norme generali” di competenza statale, “principi fondamen-

tali” di competenza statale, e “normativa di dettaglio” di specifica competenza regionale. In particolare, la Corte qualifica espressamente come “norme generali sull’istruzione” “quelle disposizioni statali che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario ed uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell’istruzione (interesse primario di rilievo costituzionale), nonché la libertà di istituire scuole e la parità tra le scuole statali e non statali in possesso dei requisiti richiesti dalla legge”. Si collocano in tale ambito anche la disciplina relativa all’autonomia delle istituzioni scolastiche, ex art. 117, co. 3, cost., ovvero le discipline che non necessitano di ulteriori interventi normativi a livello di legislazione regionale, e che sono funzionali ad assicurare un’offerta formativa uniforme sul territorio nazionale, l’identità culturale del Paese, nel rispetto della libertà di insegnamento di cui all’art. 33, co. 1, cost.

La Corte, invece, colloca nella categoria dei “principi fondamentali della materia dell’istruzione”, anch’essa di competenza statale, quelle norme che, pur riconducibili alla struttura essenziale del sistema d’istruzione, necessitano, per la loro attuazione, dell’intervento del legislatore regionale il quale deve conformare la sua azione all’osservanza dei principi fondamentali stessi.

La “normativa di dettaglio”, che deve raccordarsi con i principi fondamentali in materia, spetta alla competenza regionale in quanto coinvolge le specificità socio-economiche delle diverse realtà territoriali.

La Corte ha fatto salva, ai sensi dell’art. 116 cost. e nel rispetto dei principi di cui all’art. 119 cost., la possibilità di attribuire alle regioni a statuto ordinario ulteriori forme di autonomia concernenti le “norme generali” sull’istruzione.

Quanto alle altre disposizioni dell’art. 64 citato, la Corte ha proceduto alla loro analisi sia sotto il profilo sostanziale sia sotto il profilo procedurale.

In particolare, la Corte ha rilevato che le disposizioni di cui all’art. 64, co. 3 e 4, lett. da a) ad f), del d.l. 25.6.2008, n. 112, si sottraggono alle censure di incostituzionalità sotto entrambi i profili, nei termini in cui sono state sollevate,

stante la loro natura di “norme generali sull’istruzione” che legittima tanto l’adozione dell’atto di programmazione, quanto la previsione della fonte regolamentare statale per la loro concreta esecuzione.

In proposito, la Corte ha messo in luce la netta distinzione tra programmazione nazionale, che spetta allo Stato, e programmazione regionale, di competenza delle stesse regioni ai sensi dell’art. 117, co. 3, cost.

Sulla scorta di tale assunto, la Corte ha dichiarato la legittimità costituzionale delle predette disposizioni impugnate, essendo dirette a disciplinare la pianificazione dell’offerta formativa sul territorio nazionale.

A diversa conclusione perviene la Corte in merito all’art. 64, co. 4, lett. f-bis) e f-ter) del citato d.l. 25.6.2008, n. 112 chiarendo che la norma suddetta invade spazi riservati alla potestà legislativa delle regioni relativi alla competenza regionale per la disciplina dell’attività di dimensionamento della rete scolastica sul territorio. Spazi e funzioni già conferite alle regioni dalla normativa ante riforma, ex art. 138 del d. lgs. n. 112 del 1998, sia pure dal punto di vista meramente amministrativo.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta la Corte in merito alla lett. f-ter) del comma in esame, in quanto la disposizione ivi contenuta estende allo Stato una facoltà di esclusiva pertinenza delle regioni, posto che la chiusura ovvero l’accorpamento degli istituti scolastici nei piccoli comuni è legato all’apprezzamento delle singole realtà locali, demandato agli organi regionali.

Pertanto, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, dell’art. 64, co. 4, lett. f-bis) e f-ter) del d. l. n. 112 del 2008, come convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, in quanto trattasi di disposizioni che, nei limiti innanzi precisati, non sono riconducibili alla categoria delle norme generali di cui all’art. 117, co. 2, lett. n), cost. e non possono, quindi, formare oggetto di disciplina regolamentare da parte dello Stato (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, ord. 1.7.2009, n. 199

Professioni; turismo e industria alberghiera.

Nel ricorso lo Stato contestava la legittimità costituzionale degli artt. 31 e 32, l. reg. Calabria n. 8/2008 asseritamente lesiva della competenza legislativa concorrente dello Stato in materia di professioni, in quanto disciplinante aspetti di competenza statale quali l’indi-



viduazione delle figure professionali turistiche con i relativi profili ed ordinamenti didattici, la definizione e disciplina dei requisiti e dei titoli necessari per l'esercizio di tali professioni, nonché l'istituzione di nuovi albi e la promozione ed organizzazione di corsi di aggiornamento e riqualificazione professionale.

La l. reg. Calabria, n. 40/2008 ha abrogato le disposizioni impugnate e, di conseguenza, il Presidente del Consiglio dei ministri ha rinunciato al ricorso (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 1.7.2009, n. 196

Provincia autonoma - pubblica sicurezza e ordine pubblico.

Nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale, le censure sollevate dalla provincia autonoma di Bolzano hanno ad oggetto l'art. 6 del d.l. n. 92/2008, convertito, con modificazioni, in l. n. 125/2008, che ha sostituito l'art. 54 del t.u.e.l. – il quale attribuisce ai sindaci ampi poteri in materia di ordine pubblico e sicurezza pubblica. Ad avviso della ricorrente tali materie rientrerebbero nella sfera di competenza della provincia autonoma di Bolzano. La Corte chiarisce che i poteri che lo statuto conferisce ai Presidenti delle province autonome di Trento e Bolzano costituiscono speciali funzioni amministrative statali loro attribuite, senza che da ciò possa dedursi, con una sorta di parallelismo invertito fra funzioni amministrative e legislative, la titolarità in capo alla provincia di un potere legislativo in materia.

La Corte chiarisce inoltre che il rischio che l'esercizio da parte dei Sindaci appartenenti ai

comuni della Provincia autonoma di vasti ed indeterminati poteri in tema di tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana, di cui all'attuale art. 54, co. 4, TUEL, possa ledere le funzioni amministrative che lo statuto speciale affida al Presidente provinciale non sussiste, in quanto l'art. 6 del d.l. impugnato deve essere interpretato in senso conforme alle disposizioni statutarie, "e dunque nel senso che dal suo ambito di applicazione esulano i provvedimenti che l'art. 20 dello statuto riserva espressamente all'organo provinciale".

La Corte dichiara infine non fondato il conflitto di attribuzione promosso dalla provincia di Bolzano in relazione al decreto del Ministro dell'interno 5.8.2008, che - in attuazione dell'art. 54, co. 4 bis TUEL, come sostituito dall'art. 6 del d. l. n. 92/2008 - definisce i concetti di incolumità pubblica e di sicurezza urbana ed elenca dettagliatamente le situazioni in cui i sindaci sono autorizzati ad adottare provvedimenti di pubblica sicurezza e di ordine pubblico. Ad avviso della Corte il decreto non lede alcuna competenza della provincia nelle suddette materie in quanto la stessa non è titolare di alcuna attribuzione propria in tale ambito. Inoltre, esso ha ad oggetto esclusivamente la tutela della sicurezza pubblica intesa come attività di prevenzione e repressione dei reati e pertanto non lede le competenze della provincia in altri ambiti né le funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenza delle province autonome, che sono espressamente escluse dall'ambito di riferimento del decreto (Red. Mariella Iacono).

«.....GA.....»

PARERI



Questa sezione della Gazzetta Amministrativa è realizzata in collaborazione con il Servizio ANCI Risponde

1. LA PREVIDENZA COMPLEMENTARE

DOMANDA

In base all'art. 86 del d. lgs. n. 267/2000, nel caso in cui un assessore opti per l'aspettativa non retribuita presso il proprio datore di lavoro per lo svolgimento del proprio mandato, l'Ente locale deve provvedere al versamento degli oneri previdenziali, assistenziali e assicurativi sostituendosi al datore di lavoro sia per la quota di contributi a proprio carico, che per quella a carico del dipendente. Abbiamo quindi chiesto al datore di lavoro dell'assessore in questione gli elementi per poter procedere al versamento dei contributi dovuti (esempio: loro matricola Inps, imponibile contributivo, aliquote applicate). Nella risposta del datore di lavoro, è emerso che, oltre ai contributi obbligatori versati all'Inps sia a carico del datore di lavoro che del dipendente (contributo aggiuntivo dell'1% sull'eccedenza di 3.506,00 euro), con il DM10 vengono versati all'Inps mensilmente:

- *contributi per il fondo integrativo pensioni (il 5,50% a carico del datore di lavoro ed il 2,20% a carico del dipendente);*
- *contributi per il fondo TFR (7,35% a carico del datore di lavoro);*
- *contributi per il fondo di solidarietà 10% (per il quale ci è stato specificato che trattasi del contributo versato a fronte della previdenza complementare). Inoltre ci è stato comunicato che "con riguardo alla previdenza complementare l'importo da versare mensilmente sulla retribuzione di ... euro ammonta a ... euro (3,50%, di cui 1% a carico del*

lavoratore)".

Dando per scontato che dobbiamo effettuare il versamento dei contributi obbligatori e del TFR, siamo obbligati al versamento dei contributi per il fondo integrativo pensioni e per il fondo di solidarietà (indicati nel DM10 dell'Inps), ma soprattutto abbiamo l'obbligo di effettuare il versamento al fondo di previdenza complementare?

RISPOSTA

L'art. 86 del d. lgs. n. 267/2000, stabilisce che l'amministrazione locale prevede a proprio carico il versamento degli oneri assicurativi, previdenziali ed assistenziali per i titolari delle cariche indicate nel primo comma di detto art., compresi gli assessori provinciali, che siano collocati in aspettativa non retribuita ai sensi dell'art. 81 dello stesso decreto. I contributi versati dal datore di lavoro per il lavoratore nominato assessore provinciale fino al momento del collocamento in aspettativa non retribuita sono pertanto da tale data assunti a carico dall'amministrazione provinciale. Le forme pensionistiche complementari (f.p.c.) sono disciplinate dal d. lgs. n. 252/2005, dal quale, per quanto attiene alle contribuzioni alle quali avete fatto riferimento, risulta quanto segue:

- a) l'art. 1, co. 2 prevede che l'adesione alle f.p.c. disciplinate dalla legge è libera e volontaria;
- b) l'istituzione delle f.p.c. avviene nelle forme previste dall'art. 3, per effetto di contratti collettivi di lavoro, anche aziendali. Nel caso di versamento dei contributi all'I.N.P.S., si può presumere che lo stesso sia effettuato in

base ad un contratto collettivo nazionale, che ha gli effetti obbligatori *erga omnes* che dallo stesso conseguono;

c) il finanziamento delle f.p.c. mediante il versamento di contributi a carico del datore di lavoro, del lavoratore e mediante il conferimento del T.F.R. maturato, nella misura stabilita dagli accordi collettivi, è confermato dall'art. 8 della legge;

d) il datore di lavoro a riduzione dell'onere determinato a suo carico dai versamenti per il f.p.c. beneficia di deduzioni fiscali delle quali non fruisce la provincia che allo stesso si sostituisce, essendo l'ente locale esente da imposte sul reddito;

e) in merito ai contributi dovuti si osservano le disposizioni del primo comma dell'art. 16 della legge. Il computo del contributo di solidarietà nella misura del 10% è effettuato, secondo tale norma, con riferimento all'ammontare delle contribuzioni a carico del datore di lavoro, ed ora dell'ente locale, destinate a realizzare le finalità pensionistiche complementari, esclusa la quota di contributo relativa al T.F.R.

Dalle disposizioni della legge n. 252/2005 sommariamente illustrate risulta evidente che la contribuzione per la forma di previdenza complementare può assumere carattere obbligatorio per il datore di lavoro – e per l'ente locale che allo stesso si sostituisce – per effetto di contratti ed accordi collettivi e delle altre condizioni stabilite dall'art. 3 del provvedimento in esame. Per documentazione l'ente può, ove lo ritenga, verificare dal datore di lavoro la sussistenza di una delle condizioni previste dalla predetta norma, che ha reso “dovute” le contribuzioni al fondo integrativo pensionistico complementare ed il conseguente contributo di solidarietà.

Il T.F.R. è regolato dal co. 3 dell'art. 86 del T.U. n. 267/2000 ed in base allo stesso l'ente valuta se l'importo annuo della contribuzione superi il limite da tale norma stabilito e comporti la partecipazione all'onere dell'amministratore interessato.

L'importo della contribuzione, in relazione alla nota che Vi è stata comunicata ed alla quale fate cenno, consegue dal calcolo delle retribuzioni e può essere verificata da codesto ente direttamente presso l'I.N.P.S., con riferimento al settore ed all'azienda dalla quale

l'amministratore provinciale tuttora dipende.

«.....GA.....»

2. L'UNIONE DI COMUNI

DOMANDA

Undici comuni tra loro contermini, legati da profondi legami culturali e linguistici in quanto rappresentanti di una minoranza linguistica riconosciuta anche dal legislatore, fanno parte di un'unione di comuni la cui popolazione, complessivamente, ammonta ad oltre 30.000 abitanti.

Lo Statuto dell'Unione, sulla base dei principi generali di garanzia della rappresentanza delle minoranze stabiliti anche dall'art. 32 co. 3 del TUEL, ha previsto che facciano parte del Consiglio dell'Unione n. 3 consiglieri per comune, di cui n. 2 per la maggioranza e nr.1 per la minoranza. Da ciò deriva che il Consiglio dell'Unione è attualmente composto da n. 33 Consiglieri (3 rappresentanti per comune x 11 comuni).

Ora posto che l'art. 32 co. 5 del TUEL stabilisce che “alle unioni dei comuni... si applicano, in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei comuni...e, in particolare le norme in materia di composizione degli organi dei comuni” e che l'art. 37 del TUEL prevede al co. 1 lett. e) che “Il Consiglio...è composto da 30 membri nei comuni con popolazione superiore a 30.000 abitanti..” si chiede se sia possibile mantenere l'attuale composizione del Consiglio dell'Unione (33 consiglieri) e, nel caso di risposta negativa quale possa essere il meccanismo per assicurare, in seno alla composizione del Consiglio dell'Unione, i principi di garanzia della rappresentanza delle minoranze dei singoli comuni con il principio, parimente rilevante, della necessaria proporzionalità del rapporto tra maggioranza e minoranza che ora, con il meccanismo sopradescritto (2 consiglieri per maggioranza e 1 di minoranza), viene assicurato.

RISPOSTA

Il riferimento/richiamo dell'art. 32, co. 5, attraverso il quale si prescrive che “alle unioni si applicano, in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei comuni”, pro-

segue affermando che *“il numero dei componenti degli organi non può eccedere i limiti previsti per i comuni di dimensioni pari alla popolazione complessiva dell’ente; il che significa che, nel determinare la composizione degli organi dell’unione, si può ben far riferimento alla normativa applicabile ai comuni, considerando, comunque, come limite massimo invalicabile il numero dei componenti del consiglio di un comune con popolazione pari alla somma delle popolazioni dei comuni componenti l’unione”*.

Il limite massimo di componenti consentito nel caso prospettato è, pertanto di 30 consiglieri, limite che non consente di mantenere inalterato l’equilibrio delle rappresentanze di maggioranza e minoranza nei singoli consigli comunali di provenienza; essendo, di conseguenza, necessario ridurre il numero dei consiglieri complessivo ad un massimo di trenta, si dovrà trovare un meccanismo diverso per determinare il rapporto tra le varie componenti.

La soluzione è tutt’altro che agevole, se si deve tenere fermo il rispetto della *“proporzionalità del rapporto tra maggioranza e minoranza”* nei singoli consigli comunali; principio che, peraltro, non è imposto dalla legge in forma perentoria, per quanto concerne la formazione dell’assemblea dell’unione, ma per quanto riportato nel quesito, dallo statuto dell’unione stessa, mentre è sicuramente perentorio tale imperativo per gli organi interni dell’unione stessa.

La soluzione del problema è possibile soltanto, a nostro parere, con un intervento sullo statuto, mediante il quale si chiarisca che, per non contravvenire ad un principio cogente della legge (il massimo, non superabile, del numero dei componenti l’assemblea) si deve rinunciare alla rappresentanza delle minoranze consiliari in seno all’assemblea stessa (risulterebbe così ridotta ad undici componenti); la composizione *“politica”* dell’assemblea risulterebbe coerente con la maggioranza delle *“colorazioni”* dei comuni aderenti ed, all’interno dell’assemblea, nella nomina dell’esecutivo, si potrebbe imporre il rispetto della *“proporzionalità del rapporto tra maggioranza e minoranza”*, richiesta dalla legge. Si suggerisce di privilegiare una soluzione che oltre alla semplificazione metodologica,

tiene conto dell’esigenza introdotta dalla l. 24.12.2007 n. 244, in merito ai risparmi di spesa.

«.....GA.....»

3. L’INCOMPATIBILITA’

DOMANDA

Si chiede di valutare, ai sensi dell’art. 63 co. 1 punto 3 del d. lgs. n. 267/2000, la sussistenza o meno di una situazione di incompatibilità in capo ad un consigliere che, prima dell’elezione e quindi dalla precedente amministrazione, sia risultato, a seguito di regolare procedura di gara al ribasso, aggiudicatario di un servizio di progettazione in merito alla realizzazione di lavori pubblici. In particolare si chiede poi, nell’eventualità della sussistenza della incompatibilità e di una rinuncia da parte del consigliere all’incarico per fare cessare la medesima, in merito alla restante parte della progettazione ancora da eseguire se sia, alternativamente, migliore la soluzione di ricorrere alla graduatoria già costituita o, allo scrivente sembra preferibile, indire una nuova procedura di gara, seppure nella forma più snella consentita dall’ordinamento, avente ad oggetto la parte dell’incarico rimasta non realizzata.

RISPOSTA

L’art. 63, n. 2 del TUEL, prevede una situazione di incompatibilità alla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale per *“colui che, come titolare, amministratore, dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento ha parte, direttamente o indirettamente, in servizi, esazioni di diritti, somministrazioni o appalti, nell’interesse del comune o della provincia”*.

Il ministero dell’interno, con riguardo alla giurisprudenza formatasi sulla materia delle incompatibilità, ha sostenuto da un lato che il soggetto che *“ha parte”* in rapporti con la PA è colui che è tenuto, in forza di un contratto in corso, ad effettuare prestazioni nei confronti del comune, sia che si tratti di appalto di servizi, per sua natura continuativo, sia che si tratti di appalto avente a oggetto un *“opus”* la cui esecuzione sia in corso al momento delle

elezioni (cfr. Cass. Civ., n. 10238 del 27.9.95, citata nel parere n. 76 del 19.3.2004). D'altro canto, la *ratio* della causa di incompatibilità di cui all'art. 63, co. 1, n. 2, TUEL, risiede nell'esigenza di impedire che possano concorrere all'esercizio delle funzioni dei consigli comunali soggetti portatori di interessi confliggenti con quelli del comune, o i quali si trovino comunque in condizioni che ne possano compromettere l'imparzialità. Ai fini della sussistenza di detta causa sono richieste due condizioni: una di natura soggettiva e l'altra di natura oggettiva. La prima richiede che il soggetto rivesta la qualità di titolare, o di amministratore, ovvero di dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento e si debba trovare in una situazione incompatibile con l'esercizio della carica elettiva; la seconda, di natura oggettiva, che ricorre in caso di partecipazione (eventualmente insieme con altri soggetti, anche pubblici), allo svolgimento di un qualsiasi tipo di servizio nell'interesse del comune. La norma, pertanto, comprende tutte le ipotesi in cui la partecipazione in servizi imputabili al comune, e quindi di interesse generale, possa dar luogo, nell'esercizio della carica del "partecipante", eletto amministratore locale, ad un conflitto tra interesse particolare di questo soggetto e quello generale dell'ente locale (parere M.I. n. 4 del 20.1.2009 con riguardo alla sent. della Cass. Civ. Sez. I, ord. n. 550 del 16.1.2004).

Ai fini dell'accertamento della situazione di incompatibilità, si osservano le norme degli artt. 68 e 69 del TUEL.

Per quanto concerne l'eventuale prosecuzione dell'incarico già assegnato, con riguardo alla parte residuale, i relativi provvedimenti vanno posti in essere nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990, con riguardo al caso specifico.

Questo comporta una valutazione nei suddetti termini dell'opportunità di indire una nuova procedura di affidamento a termini del codice dei contratti (art. 91) o scorrere la graduatoria esistente avuto riguardo alla convenienza dell'offerta economica o tecnico-economica degli ulteriori concorrenti, anche alla luce dell'eliminazione del rispetto dei minimi tariffari. In entrambi i casi, il soggetto suben-

trante è tenuto ad accettare l'attività progettuale precedentemente svolta (art. 91, co. 4, d. lgs. n. 163/2006).

«.....GA.....»

4. IL COMMISSARIO AD ACTA

DOMANDA

Nel caso in cui l'ottemperanza al giudicato riguardi obbligazioni pecuniarie derivanti da sentenze esecutive, si chiede di chiarire se gli atti adottati dal Commissario ad acta devono seguire necessariamente la regola sulla distinzione delle competenze tra organi di governo e dirigenza e quindi assumere la forma delle deliberazioni, nel primo caso, e delle determinazioni, nella seconda ipotesi. Si chiede anche se il Commissario ad acta nominato dal TAR dovrà adottare apposito provvedimento di riconoscimento del debito fuori bilancio con contestuale impegno della spesa oppure procedere semplicemente ad impegnare la spesa. Nel primo caso, è necessario che il Commissario espliciti di assumere i poteri del consiglio?

La competenza del Commissario deve ritenersi estesa anche alla fase successiva della liquidazione della spesa (art. 148 TUEL) - con l'adozione del relativo atto - e dell'ordinazione della stessa - mediante sottoscrizione del mandato di pagamento?

RISPOSTA

L'atto di nomina del Commissario *ad acta* presso un ente locale di regola, fra l'altro, deve riportare tutti gli elementi necessari ad individuare:

- la specifica motivazione per cui ha avuto luogo il provvedimento di nomina del Commissario *ad acta*;

- conseguentemente l'indicazione degli adempimenti a cui il Commissario *ad acta* è tenuto a provvedere.

Pertanto, in relazione al quesito:

a) il Commissario *ad acta* sostituisce l'organo che non ha provveduto ad un determinato provvedimento e s'inserisce nella complessiva organizzazione dell'ente senza modificare le competenze già appartenenti all'organo comunale sostituito;

b) l'impegno di spesa nel caso non sia possi-

bile la sua legittimazione in corrispondenza alla situazione di bilancio richiederà un intervento del Commissario stesso presso il consiglio comunale per ottenere il riconoscimento del debito fuori bilancio, a meno che dalla determinazione del TAR emerga chiaramente che tra le competenze del Commissario *ad acta* sono da comprendere tutti gli atti connessi e quindi anche il riconoscimento fuori bilancio;

c) anche sul punto della liquidazione della

spesa è necessario fare riferimento alla determinazione del TAR (cioè individuare esattamente la fase o le fasi del procedimento che rientrano nella competenza speciale del Commissario *ad acta*).

È tuttavia da ritenersi che alle fasi relative alla gestione della spesa (determina e mandato di pagamento) debbano provvedere le strutture comunali secondo il modello di organizzazione presente nell'ente ed ovviamente secondo quanto previsto dal t.u. n. 267/2000.

«.....GA.....»

URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LIMITI AL POTERE REGOLAMENTARE COMUNALE – ESPOSIZIONE CAMPI ELETTROMAGNETICI

Il potere regolamentare comunale (ai sensi dell'art. 8 della l. 36/2001) non può spingersi fino al punto di ritenere che al comune sia consentito di introdurre limiti generalizzati di esposizione ai campi magnetici diversi da quelli previsti dallo Stato, ovvero di costituire deroghe pressoché generalizzate rispetto a tali limiti statali per il tramite di generalizzate interdizioni localizzative, essendo al più consentita l'individuazione di specifiche e diverse misure precauzionali, la cui idoneità al fine della "minimizzazione" emerge dallo svolgimento di compiuti ed approfonditi rilievi istruttori sulla base di risultanze di carattere scientifico.

La controversia sottoposta al Consiglio di Stato e definita con la sentenza 8103/09 ha riproposto la questione dei limiti che incontra l'autorità comunale nell'adozione delle disposizioni regolamentari utili alla corretta allocazione degli impianti di telefonia sul territorio comunale, anche in considerazione dell'esposizione della popolazione residente ai campi magnetici (ai sensi dell'art. 8 l. n. 36/2001).

Nel caso di specie, oggetto di scrutinio è stata una norma tecnica di attuazione dello strumento urbanistico in vigore presso l'ente locale nella parte in cui prevedeva che gli impianti di telefonia mobile potessero essere installati nelle sole aree con destinazione a servizi.

Nell'impugnata sentenza, il TAR, richiaman-

dosi all'art. 86 d. lgs. 259/03 e quindi alla tendenziale compatibilità dell'allocazione delle antenne in ogni zona del territorio comunale, a prescindere dalla specifica destinazione urbanistica, riteneva "la previsione allocativa regolamentare una inammissibile finalità radioprotezionistica, in distonia con le chiare scelte legislative (cfr. art. 4 l. 36/01) che intestano in via esclusiva allo Stato le competenze nella materia della tutela della salute umana contro i rischi dell'inquinamento elettromagnetico." (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

REITERAZIONE VINCOLI ESPROPRIATIVI – SURPLUS DI ISTRUTTORIA – MOTIVAZIONE ADEGUATA

Si evince che l'illegittimità delle pregresse delibere comunali è stata ritenuta – tra l'altro – in quanto irritualmente reiterative di vincoli a contenuto espropriativo già sussistenti sui medesimi suoli, e scaduti per decorso del termine massimo di efficacia. Tale dato di fatto, anche prescindendo dalle ulteriori deduzioni svolte da parte appellante, era già "ex se" sufficiente a imporre all'amministrazione un più puntuale onere motivazionale a sostegno della scelta di confermare la destinazione a "standard", rendendo impossibile e inidoneo il mero richiamo ai criteri ispiratori del P.R.G.: ciò sulla scorta dell'ormai nota e consolidata giurisprudenza che richiede, in caso di reiterazione di vincoli espropriativi, un "surplus" di istruttoria e una motivazione adeguata a dare atto della

fondatezza delle scelte urbanistiche, escludendone il carattere vessatorio (cfr., "ex multis", CdS, Ad. Pl., 24.5.2007 n. 7) (CdS 15.9.2009 n. 5521) (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

FINANZIARIA PER L'ANNO 2010: NOVITÀ SULLE VARIANTI ALLO STRUMENTO URBANISTICO GENE- RALE

Ai sensi di quanto previsto dall'articolo 58 del d. l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del protocollo d'intesa corredato dello schema dell'accordo di programma, di cui al comma 190, costituisce autorizzazione alle varianti allo strumento urbanistico generale, per le quali non occorre la verifica di conformità' agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni, salva l'ipotesi in cui la variante comporti variazioni volumetriche superiori al 30 per cento dei volumi esistenti.

Con il co. 191 della legge 191 del 23.12.2009, il legislatore ha sancito che la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del protocollo d'intesa corredato dallo schema dell'accordo di programma costituisce autorizzazione alle varianti allo strumento urbanistico.

Per gli immobili oggetto degli accordi di programma di valorizzazione che sono assoggettati alla disciplina prevista dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22.1.2004, n. 42, è acquisito il parere della competente soprintendenza del ministero per i beni e le attività culturali, che si esprime entro trenta giorni (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

IL PROPRIETARIO DEL FONDO È OBBLIGO ALLA BONIFICA DEL SITO INQUINATO SOLTANTO LADDOVE

SIA CORRESPONSABILE

L'obbligo di bonifica dei siti inquinati grava in primo luogo sull'effettivo responsabile dell'inquinamento stesso, che le competenti autorità amministrative hanno l'obbligo di individuare e ricercare, mentre la mera qualifica di proprietario o detentore del terreno inquinato non implica di per sé l'obbligo di effettuazione della bonifica, con la conseguenza che esso può essere posto a suo carico solo se responsabile o corresponsabile dell'illecito abbandono (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

RIFIUTI: LICEITÀ DELLE VIDEOREGISTRAZIONI ESEGUITE DAL PROPRIETARIO DEL FONDO

Trattasi di videoregistrazioni eseguite dal proprietario del terreno, inerenti ad area non recintata, aperta al passaggio pubblico, non lesive della libertà morale delle persone coinvolte nelle stesse.

Dette videoregistrazioni, pertanto, non appartengono al "genus" delle intercettazioni, ma a quello delle prove documentali, non disciplinate in modo tipico della legge, ma rientranti nelle prove ex art. 234 c.p.p., per le quali non necessita alcuna preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria ex artt. 266 e segg. c.p.p. (giurisprudenza di legittimità consolidata: Cass. Sez. Un. sent. n. 26796 del 28.7.06; Cass. Sez. I Sent. n. 31389 del 1.8.07; Cass. Sez. V Sent. n. 46307 del 30.11.04; Cass. Sez. V Sent. n. 24715 del 31.5.04; Cass. Sez. I Sent. n. 7455 del 20.2.09).

Con la sentenza n. 770 del 11.1.2010, la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto la liceità delle videoregistrazioni eseguite dal proprietario del fondo in un area non recintata ed aperta al passaggio pubblico, rilevando che le stesse non siano lesive della libertà morale delle persone coinvolte (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LE NOVITÀ RELATIVE AL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 307/2009 ALLA L. N. 166/2009

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Secondo la Corte Costituzionale il principio della separazione delle gestioni, viola specificamente la competenza statale in materia di funzioni fondamentali dei comuni, in quanto in contrasto con la disciplina statale, che non solo consente ma impone la separazione non coordinata tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio idrico integrato

La regione Lombardia con la l. n. 26 del 2003, all'art. 49, co. 1, ha disposto che l'Autorità d'Ambito organizza il servizio idrico integrato a livello di ambito separando obbligatoriamente l'attività di gestione delle reti dall'attività di erogazione dei servizi. Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato detta norma in quanto in contrasto con gli artt. 114, 117, co. 2, lett. p), e 119 della Costituzione, in relazione ai principi fondamentali di cui all'art. 113 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267.

Per quanto riguarda il contrasto con l'art. 117, co. 2, lettera p), essa è basata sul fatto che è di competenza esclusiva dello Stato la materia relativa alle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane, mentre la regione ha sostenuto la propria competenza in funzione del fatto che la gestione del Servizio idrico integrato, in quanto servizio pubblico locale, rientra nella competenza residuale delle regioni, di cui all'art. 117, co. 4, della Costituzione, così come confermato dalla stessa C. cost. nella sentenza n. 272 del 2004.

La Corte ha accolto quanto sostenuto dall'Avvocatura generale di Stato affermando la competenza dello Stato in ordine al servizio idrico, sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di detto servizio alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali, considerando quindi detta materia una funzione fondamentale dell'ente locale. Sempre secondo la Corte, ciò non to-

glie, ovviamente, che la competenza in materia di servizi pubblici locali resti una competenza regionale, la quale, risulta in un certo senso limitata dalla competenza statale suddetta, ma può continuare ad essere esercitata negli altri settori, nonché in quello dei servizi fondamentali, purché non sia in contrasto con quanto stabilito dalle leggi statali.

La gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è regolato dall'art. 113 del d. lgs. 267/2000 il quale dispone che gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici. Vi è però l'eccezione nel caso in cui le normative di settore prevedano la possibilità di conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico. In tal caso dette società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore. Pone, cioè, un generale divieto di separazione, salva la possibilità per le discipline di settore di prevederla. Nel caso di specie la disciplina di settore è il d. lgs. n. 152 del 2006 che all'art. 141 statuisce che il servizio idrico integrato è disciplinato da norme statali per quanto concerne la tutela dell'ambiente e della concorrenza, nonché la

determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di servizio idrico integrato e le relative funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane. Inoltre gli artt. 151, co. 2 e 4, e 153 del d. lgs. n. 152 del 2006, sia prima che dopo la novella recata dal decreto correttivo n. 4 del 2008, prevedono che il gestore del servizio idrico integrato debba gestire e curare la manutenzione (ordinaria e straordinaria) delle reti e quindi escludono che possa darsi una distinzione tra gestore della rete, tenuto alla sua manutenzione, ed erogatore del servizio, che da tale obbligatoria attività sia sollevato.

L'art. 147, co. 2, lett. b) del d. lgs. n. 152 del 2006, così come modificato dall'art. 2, co. 13, d. lgs. n. 4 del 2008, impone alle regioni di osservare, in sede di modifica delle delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, oltre i principi di efficienza, efficacia ed economicità, soprattutto quello di *“unitarietà della gestione e, comunque, superamento della frammentazione verticale delle gestioni”*.

Detta norma viene interpretata dalla Corte chiarendo che le due gestioni, quella delle reti e quella dell'erogazione potranno anche essere affidate entrambe a più soggetti coordinati e collegati fra loro, ma non potranno mai fare capo a due organizzazioni separate e distinte.

Altra norma impugnata della stessa legge regionale della Lombardia n. 26 del 2003, è sempre l'art. 49 al co. 4 in cui viene previsto che *“l'affidamento dell'erogazione, così come definita dall'art. 2, co. 5, avviene con le modalità di cui alla lett. a) del co. 5 dell'art. 113 del d. lgs. n. 267/2000. Nel caso di cui all'art. 47, co. 2, le Autorità possono procedere ad affidamenti congiunti per gli interambiti”*.

In pratica la disposizione stabilisce che l'affidamento del servizio di erogazione possa avvenire solo con la modalità della gara pubblica, prevista dalla lett. a) del co. 5 dell'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000, escludendo, pertanto, che possa avvenire anche secondo le modalità della società a capitale misto pubblico-privato ovvero della società a capitale interamente pubblico, previste dalle lettere b) e c) del medesimo co. 5.

Secondo l'impugnazione presentata dal Presidente del Consiglio dei ministri detta

norma violerebbe la disciplina dettata dallo Stato, nell'esercizio della sua competenza legislativa in materia di tutela della concorrenza (art. 117, co.2, lett.e), della Costituzione).

Lo stesso art. 113, co. 5, del d. lgs. n. 267 del 2000 è stato recentemente modificato dall'art. 23 *bis* del d.l. 25.6.2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, stabilendo la regola della gara pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali e la graduale eliminazione delle altre forme di affidamento. Per quanto entrambe le norme sono state emanate nell'esercizio della competenza statale in materia di tutela della concorrenza di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), della Costituzione, le regioni possono comunque dettare norme che tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato. La Corte ha, pertanto, ritenuto che le norme impugnate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai *“servizi pubblici locali”*, non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione. Quest'ultimo principio affermato dalla Corte relativo alla predilezione della gara pubblica, è stato, peraltro, riproposto nella recentissima l. 20.11.2009, n. 166 che ha fortemente ridotto la possibilità di affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata, imponendo che la selezione del socio privato, per una partecipazione non inferiore al 40%, avvenga mediante procedura ad evidenza pubblica, avente ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Il c.d. affidamento *in house* è stato limitato a situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. In particolare per quanto riguarda il servizio idrico integrato l'art. 15, co. 1 *ter* statuisce che *“tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'art. 23 bis del citato d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133*



del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbli-

che, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal d. lgs. 3.4.2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio”.

«.....GA.....»

SCARICO DI ACQUE IN PUBBLICHE FOGNATURE E PROFILI DI RESPONSABILITÀ

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

Per il reato previsto in materia di scarico di reflui in fognatura senza autorizzazione risponde non solo il proprietario dell'impianto "incriminato" ma anche il gestore dell'impianto stesso.

Risoluta decisione della terza sezione della Corte di cassazione in materia di scarico di reflui in fognatura senza autorizzazione: anche il gestore dell'impianto risponde penalmente. Così, almeno, secondo la sentenza del 12.10.2009, n. 39729.

Il riferimento attuale è all'art. 137 del d. lgs. n. 152 del 2006¹, che ha sostituito l'art.

¹ A norma del quale "Chiunque apra o comunque effettui nuovi scarichi di acque reflue industriali, senza autorizzazione, oppure continui ad effettuare o mantenere detti scarichi dopo che l'autorizzazione sia stata sospesa o revocata, è punito con l'arresto da due mesi a due anni o con l'ammenda da millecinquecento euro a diecimila euro.

Quando le condotte descritte al co. 1 riguardano gli scarichi di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose comprese nelle famiglie e nei gruppi di sostanze indicate nelle tabelle 5 e 3/A dell'allegato 5 alla parte terza del presente decreto, la pena è dell'arresto da tre mesi a tre anni.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al co. 5, effettui uno scarico di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose comprese nelle famiglie e nei gruppi di sostanze indicate nelle tabelle 5 e 3/A dell'allegato 5 alla parte terza del presente decreto senza osservare le prescrizioni dell'autorizzazione, o le altre prescrizioni dell'autorità competente a norma degli articoli 107, co. 1, e 108, co. 4, è punito con l'arresto fino a due anni.

Chiunque violi le prescrizioni concernenti l'installazione e la gestione dei controlli in automatico o l'obbligo di conservazione dei risultati degli stessi di cui all'art. 131 è punito con la pena di cui al comma

Chiunque, nell'effettuazione di uno scarico di acque reflue industriali, superi i valori limite fissati nella tabella 3 o, nel caso di scarico sul suolo, nella tabella 4 dell'Allegato 5 alla parte terza del presente decreto, oppure superi i limiti più restrittivi fissati dalle regioni o dalle province autonome o dall'Autorità competente a norma dell'articolo 107, co. 1, in relazione alle sostanze indicate nella tabella 5 dell'allegato 5 alla parte terza del presente decreto, è punito con l'arresto fino a due anni e con l'ammenda da tremila euro a trentamila euro. Se sono superati anche i valori limite fissati per le sostanze contenute nella tabella 3/A del medesimo allegato 5, si applica l'arresto da sei mesi a tre anni e l'ammenda da seimila euro a centoventimila

euro.

Le sanzioni di cui al co. 5 si applicano altresì al gestore di impianti di trattamento delle acque reflue urbane che nell'effettuazione dello scarico supera i valori limite previsti dallo stesso comma.

Al gestore del servizio idrico integrato che non ottempera all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 110, co. 3, o non osserva le prescrizioni o i divieti di cui all'art. 110, co. 5, si applica la pena dell'arresto da tre mesi ad un anno o con l'ammenda da tremila euro a trentamila euro se si tratta di rifiuti non pericolosi e con la pena dell'arresto da sei mesi a due anni e con l'ammenda da tremila euro a trentamila euro se si tratta di rifiuti pericolosi.

Il titolare di uno scarico che non consente l'accesso agli insediamenti da parte del soggetto incaricato del controllo ai fini di cui all'art. 101, co. 3 e 4, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, è punito con la pena dell'arresto fino a due anni. Restano fermi i poteri-doveri di interventi dei soggetti incaricati del controllo anche ai sensi dell'art. 13 della l. n. 689 del 1981 e degli artt. 55 e 354 del c.p.p..

Chiunque non ottempera alla disciplina dettata dalle regioni ai sensi dell'articolo 113, comma 3, è punito con le sanzioni di cui all'articolo 137, comma 1.

Chiunque non ottempera al provvedimento adottato dall'autorità competente ai sensi dell'articolo 84, co. 4, ovvero dell'art. 85, co. 2, è punito con l'ammenda da millecinquecento euro a quindicimila euro.

Chiunque non osservi i divieti di scarico previsti dagli artt. 103 e 104 è punito con l'arresto sino a tre anni.

Chiunque non osservi le prescrizioni regionali assunte a norma dell'art. 88, co. 1 e 2, dirette ad assicurare il raggiungimento o il ripristino degli obiettivi di qualità delle acque designate ai sensi dell'art. 87, oppure non ottemperi ai provvedimenti adottati dall'autorità competente ai sensi dell'art. 87, co. 3, è punito con l'arresto sino a due anni o con l'ammenda da quattromila euro a quarantamila euro.

Si applica sempre la pena dell'arresto da due mesi a due anni se lo scarico nelle acque del mare da parte di navi od aeromobili contiene sostanze o materiali per i quali è imposto il divieto assoluto di sversamento ai sensi delle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali vigenti in materia e ratificate dall'Italia, salvo che siano in quantità tali da essere resi rapidamente innocui dai processi fisici, chimici e biologici, che si verificano naturalmente in mare e purché in presenza di preventiva autorizzazione da parte dell'autorità competente.

59 del d. lgs. n. 152 del 1999², in vigore all'epoca dei fatti incriminati.

L'art. 137, in realtà chiama a rispondere dell'illecito "il titolare dello scarico" e, in tal senso, si era pronunciata la dottrina più autorevole³. Non si era escluso, però, che, a titolo di concorso, potessero rispondere altri soggetti⁴.

La Suprema Corte, in tal senso, ribadisce un orientamento già assunto e manifestato in precedenza⁵, sottolineando come del reato previsto e punito dalle norme richiamate risponda non solo il proprietario dell'impianto "incriminato", ma anche il gestore di questo. Ciò, del resto, emergeva già sotto la disciplina previgente⁶.

Ciò, a meno che non ricorrano le condizioni di cui all'art. 28, 7° co., lett. c) del citato d. lgs. n. 152 del 1999 (oggi art. 101 d. lgs. n. 152 del 2006)⁷, il che, nel caso esaminato nella specie, non è, atteso che i reflui provenienti da attività di autolavaggio non rientrano, senz'altro, nelle attività produttive di beni richiamate dalla norma. Al contrario, il giudice di legittimità in tema di tutela penale delle acque dall'inquinamento, aveva già statuito, anche dopo le modifiche alla nozione di "scarico" apportate dal d. lgs. del 16.1.2008, n. 4, che gli scarichi provenienti dall'attività di autolavaggio dovessero essere autorizzati.

Sulla distinzione fra acque domestiche e acque industriali, fondamentale ai fini della

Chiunque effettui l'utilizzazione agronomica di effluenti di allevamento, di acque di vegetazione dei frantoi oleari, nonché di acque reflue provenienti da aziende agricole e piccole aziende agroalimentari di cui all'articolo 112, al di fuori dei casi e delle procedure ivi previste, oppure non ottemperi al divieto o all'ordine di sospensione dell'attività impartito a norma di detto articolo, è punito con l'ammenda da euro millecinquecento a euro diecimila o con l'arresto fino ad un anno. La stessa pena si applica a chiunque effettui l'utilizzazione agronomica al di fuori dei casi e delle procedure di cui alla normativa vigente."

² Come conferma Cass. pen., Sez. III, 28.2.2007, Romano.

³ V. BUTTI – GRASSI, Le nuove norme sull'inquinamento idrico, Milano, 1999, 180.

⁴ Così RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, Padova, 2007, 395 e seg.

⁵ Recentemente, cfr. Cass. pen., Sez. III, 29.1.2009, Martinengo.

⁶ Cass. pen., Sez. III, 23.6.2004, Mistron.

⁷ Cass. pen., Sez. III, 28.2.2007, cit.

sottoposizione degli scarichi ad autorizzazione, la giurisprudenza di legittimità ha, da tempo, individuato la distinzione nella natura delle acque e nella loro provenienza, come derivate dal metabolismo umano e attività domestiche⁸, relegando la classificazione residuale di industriale alle altre.

Sotto detto profilo, gli scarichi de quo sono assimilabili agli scarichi d'acque reflue industriali, non assimilabili a quelle domestiche in quanto non ricollegabili al metabolismo umano e non provenienti dalla realtà domestica, con conseguente configurabilità, in difetto di preventiva autorizzazione, del reato richiamato. La modifica apportata alla nozione di "scarico", del resto, è stata, a detta della Corte, strumentale unicamente a riaffermare la nozione di scarico "diretto", riproponendo in forma più chiara e netta la distinzione esistente tra la nozione di acque di scarico e quella di rifiuti liquidi⁹.

Già sotto la vigenza del d. lgs. n. 152 del 1999, l'impunità per l'immissione occasionale di acque reflue industriali, non soggetta alla preventiva autorizzazione, veniva legata alla totale estraneità della stessa alla nozione legislativa di scarico¹⁰.

Lo scarico occasionale, caratterizzato dalla effettuazione fortuita ed accidentale, va tenuto distinto dallo scarico discontinuo, qualificato dai requisiti dell'irregolarità, intermittenza e saltuarietà; per il secondo permane la rilevanza penale.

Nel dettaglio, prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 258 del 2000, che ha modificato il n. 152/99, il testo originario di quest'ultimo prevedeva, in effetti, la nozione di "immissione occasionale" contemplata nelle dispo-

⁸ Così Cass. pen., Sez. III, 2 dicembre 2002, n. 42932, Barattoni, in Rivistambiente, n. 4/2003, 439.

⁹ V. Cass. pen., Sez. III, 21.5.2008, Soc. Erg Petroli; si veda, inoltre, Cass. Pen., Sez. III, 15 maggio 2003, Nencioni, per cui "l'attività di autolavaggio non può considerarsi insediamento civile, ma va considerata attività produttiva, siccome attività di esecuzione di un servizio idonea a scaricare rifiuti liquidi di natura inquinante per la presenza di oli minerali, residui di petrolio, polveri, sostanze chimiche contenute nei detersivi e nelle vernici, che possono staccarsi dalle vetture usurate; a nulla può rilevare la differente qualificazione della tipologia di scarico eventualmente operata da regolamento comunale".

¹⁰ Cass. pen., Sez. III, 10.3.2004, Rossi.

sizioni relative alle sanzioni. Contrariamente a quanto previsto in tema di “scarico”, neppure il d. lgs. n. 152/06 fa più menzione in materia di immissioni occasionali. In conseguenza di ciò, si è dovuta attivare la Suprema Corte¹¹, per la quale “lo scarico deve avvenire tramite condotta (art. 2, lett. bb) e, cioè, a mezzo di qualsiasi sistema stabile – anche se non esattamente ripetitivo e non necessariamente costituito da una tubazione – di rilascio delle acque”, ove, invece, l’immissione occasionale aveva “carattere di eccezionalità collegata con la occasionalità” che contraddistingue lo scarico. Lo scarico occasionale, dunque, non aveva più rilevanza penale quale eseguito in difetto di autorizzazione, ma, piuttosto, veniva sanzionato ove avesse superato i limiti di immissione previsti per legge, come previsto dall’art. 59, 5 co. della legge. In seguito¹², si è sostenuto che la disciplina delle acque trova applicazione in tutti i casi in cui si sia in presenza di uno scarico di acque reflue in uno dei corpi recettori individuati *ex lege*, effettuato tramite condotta, o tubatura, o altro sistema stabile, indipendentemente dal fatto che abbia carattere periodico, discontinuo o occasionale. Ove, invece, venga a mancare il nesso funzionale e diretto delle acque reflue con il corpo recettore, dovrà trovare applicazione la disciplina in tema di rifiuti, se configurabile¹³.

L’impianto sanzionatorio predisposto dal d.lgs. n. 152 del 2006 riproduce quello introdotto dal “predecessore” d. lgs. n. 152 del 1999. Come questo dunque, predilige la sanzione amministrativa a quella penale. Detta scelta, spesso, è apparsa inadeguata: vuoi per l’inefficienza degli enti addetti al controllo; vuoi per l’influenza che, non troppo di rado, i controllati hanno esercitato sui controllori¹⁴.

¹¹ Cass. pen., Sez. III, 14.9.1999, Rivoli, in Riv. Pen., 11/1999, 974; Id., 1° luglio 1999, Toffaletti.

¹² Cass. pen., Sez. III, 24.3.2004, n. 14425, Lecchi, in Rivistambiente, n. 6/2004, 621).

¹³ Nello stesso senso Cass. pen., Sez. III, 29.3.2006, n. 10968, Piccinini; contra, Id., 8.4.2004, n. 16720, Todesco, in Consulente dell’impresa commerciale e industriale, n. 5/2004, che è tornata a sostenere l’irrelevanza dell’immissione occasionale. Sul punto, cfr. RAMACCI, Diritto penale dell’ambiente, Padova, 2007, 367 e seg.

¹⁴ In generale, in materia, riferire a RAMACCI, Diritto penale dell’ambiente, Padova, 2007, 363 e segg.;

Anche ove siano previste sanzioni penali, inoltre, queste hanno, per quanto concerne le acque, natura contravvenzionale. Il limite di dette sanzioni, è evidente, risiede nella difficoltà di arrivare ad una sentenza penale di condanna dei responsabili delle violazioni, a causa della brevità del termine prescrizione unita alla eccessiva durata dei processi in sé.

Ciò nondimeno, la comminatoria della contravvenzione presenta il vantaggio, innanzi tutto, di rendere impugnabili solo mediante ricorso per cassazione le sentenze di condanna alla sola pena pecuniaria (ammenda), ai sensi dell’ultimo co. dell’art. 593 c.p.p. Ciò, però, per costante giurisprudenza, non quando la sanzione pecuniaria venga irrogata in sostituzione della pena detentiva¹⁵.

La previsione della sola pena pecuniaria, sola o in alternativa alla pena detentiva, permette, inoltre, al reo, di accedere al beneficio dell’oblazione, ai sensi degli artt. 162 e 162 bis c.p. che, pur essendo economicamente gravoso, consente l’estinzione del reato mediante il pagamento di una somma di denaro, senza necessità di affrontare un processo.

Esiste, inoltre, la possibilità, per il contravventore, di veder ridotta l’entità della sanzione irrogata, ove il pubblico ministero, sussistendo il presupposto, tra altri, dell’irrogazione della sola pena pecuniaria, anche in sostituzione della pena detentiva, si determini alla richiesta al G.I.P. dell’emissione di un decreto penale di condanna (art. 459 e segg. c.p.p.).

Detto questo, l’art. 137, 1 co. del d. lgs. n. 152 del 2006 si occupa di sanzionare l’apertura o effettuazione di nuovi scarichi di acque reflue industriali in assenza di autorizzazione (o di mantenimento dei predetti in ipotesi di sospensione o revoca dell’autoriz-

l’evoluzione della disciplina in materia di acque è stata raccolta, insieme a numerosi contributi bibliografici, da VERGINE, Inquinamento delle acque, in Digesto Pen. (Agg.), Torino, 2000, 421 e segg.; la giurisprudenza è stata collezionata da BUTTI, Giurisprudenza della cassazione e disciplina dell’inquinamento idrico dalla legge Merli al d. lgs. 152/99, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 2000, 251 e segg.; sotto il profilo comunitario, v. CORDINI, La tutela dell’ambiente idrico in Italia e nell’Unione europea, in Riv. Giur. Amb., n. 5/2005, 699.

¹⁵ Così RAMACCI, Diritto penale dell’ambiente, cit., 400.

zazione), punite con sanzione penale dell'arresto o, in alternativa, dell'ammenda¹⁶. Per "scarico nuovo" all'epoca di entrata in vigore della nuova disciplina, si ricordi, non si intende solo uno scarico avviato o venuto ad esistere successivamente, ma anche uno scarico già esistente, ma non conforme ai parametri autorizzatori della disciplina previgente: chiara, a proposito, la nozione di "scarico esistente", già introdotta dal d. lgs. n. 258 del 2000 nel d. lgs. n. 152 del 1999 con l'inserimento di una lett. cc *bis* nel co. 1 dell'art. 2, è riprodotta nell'art. 74, 1 co., lett. hh¹⁷.

Sanzionata più pesantemente, al 2° co., perché più grave, è la medesima condotta ove sia eseguita mediante scarico di acque pericolose ai sensi delle tabelle 5 e 3/A dell'allegato 5 al codice dell'ambiente.

Il 3° co. si ricollega ai primi due, sanzionando lo scarico di sostanze pericolose richiamate, senza osservare le prescrizioni contenute nell'autorizzazione o negli artt. 107, 1 co. e 108, 4° co..

I commi successivi sanzionano il mancato rispetto delle discipline sui controlli come il superamento dei limiti imposti dalla legge o quelli, ove più restrittivi, imposti da regioni e province.

Viene inoltre sanzionata l'inosservanza dei provvedimenti necessari contenti prescrizioni adottati dal Presidente della giunta regionale, della giunta provinciale o dal Sindaco.

Interessante notare, sotto il profilo processualpenalistico, come l'art. 139 del codice preveda che, con la sentenza di condanna o con l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del c.p.p. (meglio noto come patteggiamento), il giudice possa subordinare la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno

¹⁶ Hanno ritenuto che, pur dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152 del 1999 e del codice dell'ambiente nel 2006, permanesse la necessità di autorizzazione per lo scarico di acque reflue industriali nelle fognature, Cass. pen., Sez. III, 26.10.1999; Cass. pen., Sez. III, 19 dicembre 2002, n. 42932, Barattoni, in Rivistaambiente, n. 4/2003, 439; Cass. pen., Sez. III, 10.6.2003, n. 24892, Raffaelli; Cass. pen., Sez. III, 20.6.2003, Nencioni, in Ambiente e consulenza pratica per l'impresa, n. 2/2004, 181.

¹⁷ Sul punto, v. RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, cit., 383.

e alla predisposizione e attuazione di interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino della situazione quo ante: così il condannato sarà portato ad eseguire detti interventi, pena l'esecuzione della condanna¹⁸.

L'art. 140 del codice, inoltre, contempla la riduzione della pena dalla metà a due terzi per l'imputato che abbia dato corso all'integrale riparazione del danno prima del giudizio penale (o dell'emissione dell'ordinanza in giunzione da parte delle Autorità).

La normativa richiamata, non esclude, in ogni caso, il ricorso all'impianto sanzionatorio del c.p., come ad esempio gli artt. 635 e 674 c.p., che la giurisprudenza, già in passato, aveva ritenuto applicabile alle ipotesi di inquinamento delle acque.

Quanto alla prima disposizione¹⁹, che punisce il danneggiamento, la Cassazione ha da tempo stabilito che la norma ha ad oggetto la tutela del patrimonio e, con particolare riferimento alle acque "il bene acqua nel suo valore patrimoniale e nelle sue molteplici utilizzazioni economiche"²⁰. Di tal che, la norma deve ritenersi a tutt'oggi applicabile, nonostante la l. n. 319 del 1976, all'art. 36, abbia abrogato tutte le altre disposizioni in materia di scarichi; in quanto, in primo luogo, la norma che punisce il danneggiamento ha uno spettro di tutela più ampio rispetto a detta legge e, inoltre, quest'ultima trova applicazione a prescindere dal fatto che le violazioni determinino un peggioramento della qualità delle acque o altre conseguenze dirette²¹.

Nessun problema di compatibilità e di concorso con la l. n. 319/75, invece, è stato eccepito, in giurisprudenza, con l'art. 674 c.p. in tema di getto pericoloso di cose²², a patto che sussista l'indefettibile presupposto dell'attitudine (reato di pericolo) della condotta a molestare le persone²³. È indubbio che, il versamento di un reflujo abbia astratta

¹⁸ Così RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, cit., 399.

¹⁹ In tema, si veda Amendola, La tutela penale dall'inquinamento idrico, Milano, 1987, 192 e segg.

²⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 19.6.1981, n. 9425, Barro.

²¹ Diffusamente, sul punto, RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, cit., 401.

²² Cass. pen., Sez. III, 25.11.1998, n. 11329, Marzaduri; Cass. pen., Sez. VI, 16.5.1980, n. 13615, Biasini; Cass. pen., Sez. I, 19.12.1989, Bimonte.

²³ Cass. pen., Sez. I, 17.12.1998, n. 13278, Mangione.

potenzialità di offesa, imbrattamento e molestia persone o possa determinare esalazioni suscettibili di provocare le medesime conseguenze²⁴.

²⁴ Cfr. RAMACCI, Diritto penale dell'ambiente, cit., 409.

Da segnalare, infine, gli artt. 439, 440 e 452 c.p., in tema di avvelenamento, adulterazione e delitti colposi contro la salute pubblica e, in quanto tali, compatibili con la tutela delle acque.

«.....GA.....»

LA TUTELA DELL'AMBIENTE E IL RISARCIMENTO DEL DANNO AMBIENTALE TRA STATO E REGIONI

della Dott.ssa Rosa Valicenti

Commento alle sentenze Corte costituzionale, 23.7.2009, n. 225, n. 232, n. 233, n. 234, n. 235, n. 246, n. 247, n. 249, n. 250, n. 251, n. 254

1. Introduzione.

In data 23.7.2009 i giudici della C. cost. hanno contestualmente depositato n. 11 sentenze¹ in riferimento a numerosi ricorsi in via principale presentati dalle regioni per illegittimità costituzionale del d. lgs. 3.4.2006 n. 152 (Norme in materia ambientale).

Già all'epoca della sua approvazione il d. lgs. aveva suscitato notevoli contestazioni da parte di regioni e associazioni ambientaliste - tanto in relazione al merito quanto al metodo utilizzato nel riassetto della normativa ambientale - che avevano provocato, in fase di firma del provvedimento, il rinvio con osservazioni al Consiglio dei Ministri da parte del Presidente della Repubblica e i successivi ricorsi al giudizio della Consulta².

Più in generale si registra negli ultimi anni un incremento delle pronunce della C. cost. in materia ambientale, anche in riferimento a numerose disposizioni regionali, che attesta un persistente e irrisolto conflitto tra Stato e regioni sul relativo riparto di competenza legislative³.

2. Le 11 sentenze gemelle.

In sintesi le regioni ricorrenti e alcune as-

¹ C. cost. 23.7.2009, n. 225, n. 232, n. 233, n. 234, n. 235, n. 246, n. 247, n. 249, n. 250, n. 251, n. 254.

² M. G. COSENTINO, in *Stato e Autonomie nel nuovo Codice dell'Ambiente* nel volume *Commento al Testo unico ambientale* a cura di F. GIAMPIETRO, IPSOA, 2006, 17.

³ Per volersi limitare al 2009 si vedano, oltre alle già citate sentenze della nota 1: C. cost. 23.1.2009, n. 10 e 12 rispettivamente in materia di rifiuti e parchi naturali, C. cost. 6.2.2009 in materia di fauna ittica, C. cost. 5.3.2009, n. 61 in materia di rifiuti, C. cost. 27.3.2009 n. 88 in materia di energia, C. cost. 29.5.2009 n. 165 e n. 166, rispettivamente in materia di fauna ed energia, 29.10.2009 n. 272 in materia di aree protette, 6.11.2009 n. 307 in materia di rifiuti, 4.12.2009 n. 314, n. 315 e 316 in materia rispettivamente di rifiuti, acqua e fauna.

sociazioni ambientaliste⁴ (la cui richiesta di intervento in giudizio è stata dichiarata inammissibile nel giudizio in via principale in quanto soggetti non dotati di potestà legislativa), hanno lamentato tanto in via generale quanto con riferimento a numerose e specifiche disposizioni del c.d. codice dell'ambiente la violazione delle competenze legislative regionali, la mancata applicazione del principio di leale collaborazione, l'eccesso di delega e il maggiore accentramento di competenze in capo allo Stato rispetto al precedente assetto normativo.

La Corte ha confermato la legittimità dell'impianto normativo del codice e la ripartizione di competenze legislative, regolamentari e amministrative previste dal legislatore nazionale, confermando la riconducibilità delle norme censurate alla competenza esclusiva del legislatore statale della tutela dell'ambiente *ex art. 117 co. 2 lett. s)*.

In particolare nella sentenza n. 225, che può essere considerata una sorta di decisione "capofila" della serie in esame, la Corte ha escluso la configurabilità dell'eccesso di delega da parte del legislatore delegato e ha affermato la legittimità di prevedere norme innovative rispetto al precedente assetto della materia ambientale, anche se comportanti un maggiore accentramento di funzioni e competenze in capo allo Stato.

Nelle altre decisioni, aventi ciascuna ad oggetto una parte o un titolo del codice, è seguita la stessa impostazione di fondo e la Corte dichiara la infondatezza o inammissibilità dei ricorsi regionali, tranne sporadiche eccezioni in cui è dichiarata la illegittimità

⁴ Associazione Italiana per il *World Wide Fund for Nature (WWF Italia)* - Onlus, Biomasse Italia s.p.a., Società Italiana Centrali Termoelettriche - SICET S.r.l., Ital Green Energy S.r.l. ed E.T.A. Energie Technologie Ambiente s.p.a.

costituzionale delle disposizioni censurate⁵.

Le questioni e i principi di maggiore rilevanza affrontati dai giudici della Corte, comuni alle diverse sentenze saranno (senza pretesa di esaustività) di seguito evidenziati.

3. La materia "tutela dell'ambiente".

Con la riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione il legislatore costituzionale ha individuato una competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" al co. 2 lett. s) dell'art. 117 e una competenza legislativa concorrente Stato-regioni in materia di "valorizzazione dei beni ambientali e culturali" al co. 3 dell'art. 117.

Prima della riforma il valore ambiente non era espressamente previsto nella Costituzione e la giurisprudenza costituzionale (ma ancora prima la giurisprudenza dei giudici contabili, in materia di danno pubblico ambientale e dei giudici civili e penali) avevano contribuito alla definizione della nozione giuridica di ambiente e ad affermarne le esigenze di tutela, soprattutto mediante il riferimento indiretto ai diritti fondamentali della persona (art. 2 cost.) e a diritti costituzionalmente riconosciuti quali quello alla salute (art. 32 cost.) e alla tutela del paesaggio (art. 9 co. 2 cost.).

Con la prima sentenza successiva alla riforma la Corte ha escluso che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualifi-

⁵ Nella sentenza n. 232 è dichiarata la illegittimità costituzionale degli articoli 57, co. 1, lett. b), (programma nazionale di intervento), 58, co. 3, lett. a), (programmazione, finanziamento e controllo degli interventi in materia di difesa del suolo) 58, co. 3, lett. d), (linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale), per violazione del principio di leale collaborazione; nella sentenza n. 246 è dichiarata la illegittimità dell'art. 148 co. 3 (bilanci delle autorità di ambito del servizio idrico) in quanto incidente sulla materia dei servizi pubblici locali, senza che possano essere invocati titoli competenziali statali quali la tutela della concorrenza o la tutela dell'ambiente; nella sentenza 247 è accolta la questione in relazione agli articoli 241 (regolamento delle aree agricole in materia di bonifica di siti contaminati) e 265 (Disposizioni transitorie) in quanto contrastanti con il principio di leale collaborazione; nella sentenza 249 è dichiarata l'illegittimità degli articoli 199 co. 9 (piani regionali in materia di rifiuti) per violazione dell'art. 118 cost., dell'art. 204 co.3 (gestione integrata di rifiuti) per violazione dell'art. 118 cost; 205, comma 6 (raccolta differenziata) per violazione degli artt. 114 e 117 cost.

cabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze bensì quale "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale⁶.

Come per altre materie quali la tutela della concorrenza, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, la sicurezza, anche la tutela dell'ambiente è stata configurata come materia trasversale idonea a oltrepassare lo stretto campo di applicazione materiale in presenza di interferenza con materie di competenza regionale.

Nelle sentenze in esame, ma già in quelle degli ultimi anni, è stata abbandonato ed accuratamente evitato ogni riferimento al concetto di materia trasversale, sebbene comunemente⁷ si continui ad annoverarla tra gli esempi di c.d. materie trasversali in quanto indicanti una finalità, uno scopo, piuttosto che un ambito settoriale della funzione legislativa.

Nelle sentenze degli ultimi anni, che trovano conferma anche nelle sentenze in esame, il riferimento alla materia trasversale è stato sostituito dal riferimento alla materia "limitate"⁸.

Nella sentenza n. 225 del 2009⁹ il disegno del legislatore costituzionale viene ricostruito rilevando che allo Stato sono affidate la tutela e la conservazione dell'ambiente, mediante la fissazione di livelli "adeguati e non riducibili di tutela" (sentenza n. 61 del 2009) e alle re-

⁶ C. cost. 26.7.2002 n. 407

⁷ M. G. COSENTINO, op. cit., 20; M. SCIARRA, *La "trasversalità" della tutela dell'ambiente: un confine mobile delle competenze legislative tra Stato e Regioni* in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2005.

⁸ 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, 23.

⁹ Punto 4 della parte in diritto.

gioni, nel rispetto dei livelli di tutela fissati dalla disciplina statale (sentenze n. 62 e n. 214 del 2008), è affidata la competenza circa la fruizione dell'ambiente. In questo senso può dirsi che la competenza statale, quando è espressione della tutela dell'ambiente, costituisce "limite" all'esercizio delle competenze regionali.

Analoghe espressioni sono utilizzate nelle sentenze 232¹⁰, nella sentenza 235, nella sentenza 249.

Una interessante dottrina¹¹ ha rilevato in riferimento alle decisioni costituzionali in materia ambientale degli ultimi anni una decisa controtendenza a voler "oggettivare" la dimensione ambientale, conferendo alla stessa margini di maggior certezza applicativa superando la smaterializzazione¹² delle c.d. "materie funzione" o "materie valore" e tornando a parlare di materie "in senso tecnico".

Tale diversa impostazione però, al di là del diverso meccanismo descrittivo, non sembra portare ad un ridimensionamento della ampiezza della competenza legislativa statale in tale campo, in considerazione del quadro che emerge dalle sentenze in esame.

4. Il criterio di prevalenza e la inderogabilità *in pejus*.

Al fine di risolvere l'intreccio tra materia ambientale e le altre materie di competenza regionale (principalmente tutela della salute, governo del territorio ecc.) nell'esame delle varie disposizioni censurate, la Corte ha spesso, anche se non esclusivamente, adottato il criterio di prevalenza, giustificato dalle esigenze di unitarietà e uniformità della disciplina sia per il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, che non possono trovare adeguata soluzione in ambiti territoriali ristretti, sia in considerazione delle esigenze di conformazione alla disciplina sovranazionale e in particolare comunitaria.

A tal fine lo Stato fissa limiti uniformi e inderogabili *in pejus* salva la facoltà delle regioni di adottare norme di tutela ambientale più elevate nell'esercizio di competenze loro

proprie¹³.

Sembra dunque possibile configurare per la normativa regionale una derogabilità delle norme statali quando comporti l'adozione di livelli di tutela più elevati.

5. Il principio di leale collaborazione.

Altro criterio utilizzabile per risolvere la sovrapposizione tra diverse materie appartenenti ad ambiti competenziali statali e regionali è quello della leale collaborazione¹⁴ invocato dalle regioni al fine di dimostrare la illegittimità di molte disposizioni del codice.

Secondo l'impostazione più accreditata l'applicazione del principio di prevalenza, quando consente di attribuire con nettezza (ossia considerando il suo "nucleo essenziale") una determinata disciplina alla competenza dello Stato, esclude l'operatività del principio di leale collaborazione¹⁵.

Questo sarebbe invece applicabile quando per risolvere la questione non può essere adottato il criterio della prevalenza, in tali casi per ricondurre a legittimità costituzionale la norma occorre, nella fase di attuazione della disposizione e di erogazione delle risorse, fare applicazione del principio di leale collaborazione, nelle forme dell'intesa o del parere della Conferenza¹⁶.

Tale impostazione è stata seguita per escludere la illegittimità di molte norme censurate in cui, essendo prevalente il titolo di legittimazione statale e non essendoci una interferenza tra competenze legislative, non è stato riconosciuta la invocabilità della leale collaborazione¹⁷.

L'operatività del principio di leale collaborazione è stato sempre escluso in relazione al procedimento di formazione degli atti legislativi¹⁸.

In altri casi è stata riconosciuta la necessità di applicare il principio di leale collaborazio-

¹⁰ Punto 16.4 della parte in diritto

¹¹ D. PORENA, op.cit, 20.

¹² F. BENELLI, *L'ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in www.forumcostituzionale.it, 2003.

¹³ C. cost. 23.7.2009, n. 235.

¹⁴ R. BIFULCO, *Leale collaborazione (principio di)* in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, 3356 ss.

¹⁵ R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta in Regioni*, 2008, 2, 399

¹⁶ C. cost. 8.6.2005, n. 219 e C. cost. 31.3.2006, n. 133.

¹⁷ C. cost. 23.7.2009, n. 235 e n. 249.

¹⁸ C. cost. 23.7.2009, n. 234

ne nell'esercizio di funzioni amministrative attinenti ad ambiti materiali rientranti nella competenza legislativa dei diversi livelli di governo, ritenendo però sufficiente il ricorso allo strumento di coordinamento del mero parere della Conferenza Stato-regioni e respingendo la impostazione delle ricorrenti che richiedevano, ai fini dell'attuazione di tale principio, la previsione del più incisivo strumento della intesa in sede di Conferenza¹⁹.

Il principio di leale collaborazione è stato considerato violato nel caso di mancata previsione anche del semplice parere della Conferenza, in alcune disposizioni relative a strumenti programmatori in materia di difesa del suolo suscettibili di produrre significativi effetti indiretti anche nella materia del governo del territorio, di competenza concorrente. Sono stati per tale motivazione dichiarati incostituzionali gli artt. 57, co. 1, lett. b), (programma nazionale di intervento), l'art. 58, co. 3, lett. a), (programmazione, finanziamento e controllo degli interventi in materia di difesa del suolo) e l'art. 58, co. 3, lett. d), (linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale)²⁰.

6. In particolare la sentenza n. 235 sulla parte del codice relativa al danno ambientale.

Enucleati i tratti fondamentali e unificanti delle sentenze relative al codice dell'ambiente, sembra utile una specifica riflessione circa la sentenza relativa al danno ambientale e alle sue conseguenze sul piano risarcitorio e in particolare della legittimazione ad agire.

Il tema del danno all'ambiente è stato uno dei primi problemi relativi alla materia ambientale ad interessare la giurisprudenza civile, penale, contabile²¹ e costituzionale²² che gradualmente ha delineato la nozione di ambiente come bene giuridico immateriale, distinto dai singoli beni che ne formano il substrato, pur in assenza di una espressa previsione normativa e costituzionale²³.

Il danno pubblico ambientale è stato configurato come lesione del bene ambiente, produttivo di una particolare forma di responsabilità aquiliana e di conseguenti obblighi risarcitori nei confronti della collettività.

Nel d. lgs. 152 è contenuta una specifica nozione di danno ambientale (art. 300) che richiama la definizione comunitaria della dir. 2004/35/CE e una espressa definizione della responsabilità conseguente al danno (art. 311) riproducendo sostanzialmente gli elementi già contenuti nell'art. 18 della precedente l. 349/1986.

L'elemento di novità rilevante è la previsione (art. 312) di un inedito procedimento risarcitorio di natura amministrativa che si pone in rapporto di alternatività (art. 311 co. 1) rispetto all'azione risarcitoria di tipo giurisdizionale (in sede civile o penale mediante la costituzione di parte civile).

Tale procedimento sarebbe da ricondurre all'alveo dell'autotutela amministrativa²⁴ nel senso di un potere della PA di perseguire, in via coattiva, il soddisfacimento dei propri diritti senza il previo ricorso all'autorità giudiziaria.

L'istituto di nuova introduzione sarebbe ispirato alla finalità di deflazionare le azioni giurisdizionali e ridurre i tempi dei risarcimenti.

Tornando alla sentenza, le regioni hanno proposto una serie di questioni di legittimità, in relazione a quasi tutta la parte sesta del codice (rubricata come norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni dell'ambiente), integralmente dichiarate inammissibili o infondate.

In particolare, in relazione all'art. 311 (azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale) la regione Calabria ha contestato la esclusiva previsione della legittimazione ad agire per l'azione risarcitoria in capo al ministero dell'ambiente, accentrando ogni potere di iniziativa e superando la precedente disciplina che prevedeva la legittimazione a proporre l'azione risarcitoria (ovviamente solo giurisdizionale, non essendo

¹⁹ C. cost. 23.7.2009, n. 232

²⁰ C. cost. 23.7.2009, n. 232

²¹ C. Conti 15.5.1973 n.39

²² C. cost. 30.12.1987, n. 641

²³ Il riconoscimento normativo è avvenuto per effetto della l. 8.7.1986 n. 345 e quello costituzionale per effetto della modifica dell'art. 117 cost.

²⁴ F. BENEDETTI, *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa* in *Commento al Testo unico ambientale* a cura di F. GIAMPIETRO, op.cit.

prevista la procedura amministrativa) anche in capo agli enti territoriali.

La Corte, pur dichiarando la questione inammissibile per inconferenza dei parametri evocati e per genericità delle censure, sembra offrire un'apertura in sede interpretativa rilevando che va osservato che la disposizione impugnata, nel regolare in termini di alternative il rapporto fra i due strumenti (amministrativo e giurisdizionale) con i quali l'amministrazione statale può reagire al danno ambientale, non riconosce tale legittimazione (delle regioni n.d.r.), ma neppure la esclude in modo esplicito... e più avanti il riconoscimento della legittimazione dello Stato non esclude quella delle regioni, e viceversa.

Non risulta particolarmente chiaro se la sentenza si riferisca alla sola legittimazione in sede giurisdizionale, davanti al giudice ordi-

nario civile o penale (mediante costituzione di parte civile) ovvero anche a quella in sede amministrativa, con l'instaurazione del procedimento regolato dagli artt. 312 e seguenti, ma in tutti i modi è interessante notare che, se il ragionamento adottato è quello di non negare la legittimazione, a meno che non sia espressamente esclusa, è plausibile ritenere che, almeno in sede giurisdizionale, il giudice possa valutare in concreto se riconoscere la legittimazione dell'ente territoriale ovvero, seguendo il medesimo *iter* logico-giuridico, anche dell'associazione ambientalista in quanto ente esponenziale dell'interesse collettivo alla tutela ambientale di quel territorio.

Sulla questione in esame, niente affatto risolta, anzi forse appena innescata, è agevole prevedere futuri sviluppi e possibili nuovi ricorsi al vaglio di legittimità costituzionale.

«.....GA.....»

AREE PROTETTE: IL RIPARTO DI COMPETENZE LEGISLATIVE TRA STATO E REGIONI, ALLA LUCE DELLE RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

della Dott.ssa Raffaella Vaira

Le recenti pronunce della Corte Costituzionale in tema di aree protette hanno fatto emergere la necessità di precisare la linea di confine che deve separare tale settore da quello relativo alla tutela dell'ambiente e del paesaggio, al fine di chiarire le modalità di riparto delle relative competenze tra Stato e regioni

Le aree protette, identificabili con i luoghi fisici deputati alla protezione della natura¹, nei quali prendono corpo le politiche ambientali di conservazione dell'ecosistema, possono essere considerate in termini di "micro-ambiente".

Sul piano fisico, infatti, l'area protetta e l'ambiente condividono il medesimo substrato materiale, costituito, evidentemente, dal territorio², luogo fisico in cui incidono e interagiscono interessi di varia natura: economico-sociale, urbanistica, estetico-culturale, nonché ambientale, i quali comportano l'inevitabile difficoltà di definizione dei relativi contorni.

Ne consegue che, sul piano funzionale, le politiche di gestione di un'area protetta si concretano, nei confini stabiliti dalla legge, da un lato, nella tutela dei fattori abiotici e biotici, costitutivi dell'ambiente e, dall'altro lato, nella tutela delle differenti istanze derivanti dall'interazione tra la comunità e l'ambiente anche in relazione alle attività economiche³.

¹ P. MADDALENA, *La legge quadro sulle aree protette*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 648.

² Il riferimento è, ovviamente, al territorio in senso naturalistico ossia quale "supporto degli usi funzionali allo sviluppo della società industriale, in particolare quella umana" (A. PEANO, *La difesa dell'ambiente: piano valutazione interventi*, Roma, 1992, 16-17) e, pertanto, come, luogo fisico "di incidenza di una molteplicità di interessi rilevanti per il diritto" (M. CAMPOLO, *Interessi ambientali e pianificazioni del territorio. La valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 1999, XVI).

³ Cfr. V. CELENZA, *Le aree naturali protette*, in AA.VV. (a cura di L. MEZZETTI), *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, ove si evidenzia come "la protezione della natura si configura come un sottosistema preciso e specifico della tutela dell'ambiente".

Nelle prime disposizioni normative volte alla loro tutela, le aree protette, intese come parchi, venivano identificate in termini di circoscritto ambito territoriale, oggetto di una normativa speciale, volta essenzialmente alla conservazione della dotazione territoriale di riferimento.

In altri termini, il parco costituiva una porzione di territorio, meritevole di tutela per la singolarità naturalistica degli ecosistemi ivi presenti, contrassegnata da politiche volte a preservare intatto lo stato naturale dei luoghi.

La tutela apprestata da tali normative era volta, essenzialmente, alla conservazione degli habitat naturali attraverso interventi di conservazione *in situ*⁴, dal momento che con esse l'ordinamento giuridico italiano aveva introdotto strumenti di tutela delle zone del territorio particolarmente ricche di insediamenti faunistici o vegetali e dei territori che presentavano una conformazione geomorfologica di non comune interesse.

Nell'intento di conservare la fauna e la flora e di preservarne le speciali formazioni geologiche, nonché la bellezza del paesaggio, il legislatore statale aveva, infatti, proceduto alla istituzione di parchi nazionali, attraverso la perimetrazione di zone del territorio affidate, poi, alla gestione di organismi pubblici all'uopo deputati⁵.

⁴ Così art. 8 Convenzione sulle biodiversità adottata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992.

⁵ Si consideri, a livello esemplificativo, il R.D.L. 3 dicembre 1922, n. 1584 che, nel costituire il Parco Nazionale del Gran Paradiso, autorizzava l'azienda del demanio forestale dello Stato ad acquistare ed a espropriare i terreni rientranti nel perimetro dell'istituendo parco nazionale, affidando l'amministrazione del parco all'Ispettore forestale del distretto ed istituendo una

Il parco si prestava ad essere qualificato, dunque, sulla scorta della normativa precostituzionale, come la *turris eburnea* dei fattori naturali, in cui lo stato naturale doveva essere sottratto a qualsivoglia intervento umano diretto, invece, alla trasformazione e modificazione, non spontanea, dell'area a fini economici.

Istituiti ognuno con un'apposita legge che ne individuava le finalità e ne regolamentava l'organizzazione e la struttura, i parchi dell'epoca precostituzionale costituivano oggetto di legislazione statale anche in relazione alle possibili attività di trasformazione edilizia e urbanistica ammesse nel loro perimetro, nella maggior parte dei casi connotato dall'evidente presenza di insediamenti umani, realtà che conduceva alla divisione del territorio del parco in zone omogenee (zone di riserva naturale integrale, zone di ripopolamento, produzione e allevamento di selvaggina, zone di bosco-parco, zone non boscate)⁶.

L'assenza originaria del dato normativo in materia di protezione della natura, e di seguito, lo sviluppo di una legislazione episodica, frammentaria ed emergenziale, sono le cause delle difficoltà incontrate nell'operazione definitiva di quanti intendevano circoscrivere l'oggetto in questione e, dunque, fornire una nozione giuridicamente rilevante di "area protetta".

L'entrata in vigore della Costituzione e la contestuale costituzione delle regioni, come il successivo trasferimento alle stesse di determinate competenze, anche in materia di pianificazione territoriale e di protezione della natura, possono essere considerati, in un esame retrospettivo, due eventi scatenanti che se-

Commissione con funzioni di emanare norme per la migliore conservazione e gestione del parco e di redigere il bilancio preventivo da approvarsi dal Ministro dell'Agricoltura.

⁶ In seguito al R.D.L. 3.12.1922, n. 1584 istitutivo del Parco Nazionale del Gran Paradiso, sono stati istituiti il Parco nazionale d'Abruzzo con l. n. 1511 del 1923; il Parco nazionale del Circeo con l. n. 285 del 1934; il Parco nazionale dello Stelvio con l. n. 740 del 1935, n.740, ai quali nel 1968, attraverso la l. n. 503 del 1968, si è aggiunto il Parco nazionale della Calabria, finalizzato alla conservazione delle caratteristiche ambientali e della ricreazione dei cittadini, il quale assieme agli altri quattro parchi nazionali, forma il nucleo dei cd. Parchi storici.

gnano l'inizio di una lunga stagione di dibattiti e di accese dispute in materia di parchi, che sono proseguite fino all'emanazione della l. n. 394 del 1991 "Legge quadro sulle aree protette".

Il riferimento normativo è evidentemente costituito dagli artt. 80 e 85 del d.P.R. n. 616 del 1977, che, nell'ambito del decentramento della materia della tutela ambientale, hanno trasferito alle regioni anche la competenza per i parchi nazionali e le riserve naturali appartenenti allo Stato, dando vita ad una normativa regionale ben lontana dal rappresentare una legislazione organica per la pianificazione ambientale dei parchi.

Soltanto nel 1991, anche sotto la spinta dei movimenti ambientalisti organizzati a livello internazionale e nazionale, nonché delle nuove sensibilità dell'accresciuta cultura della tutela dell'ambiente, la materia della pianificazione dei parchi naturali e della loro regolamentazione viene disciplinata con un'apposita legge quadro, la cui approvazione viene identificata come un evento storico, dal momento che con essa, dopo decenni di identificazione della natura unicamente insieme di bellezze del paesaggio, si è finalmente pervenuti ad una normativa organica e unitaria che sottende una visione più globale della natura comprensiva anche della protezione dei valori ecologici e scientifici.

Tale legge, dopo aver identificato, al co. 2 dell'art. 1, il patrimonio naturale con l'insieme delle "formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche e biologiche, o gruppi di esse, che hanno rilevante valore naturalistico e ambientale", introduce, per la prima volta, con l'art. 12, lo strumento del piano del parco, finalizzato a tutelare i valori naturali e ambientali attraverso un insieme di misure appropriate, che riguardano l'organizzazione generale del territorio e le sue articolazioni in zone con diversa destinazione d'uso.

Pur identificando l'ente Parco come soggetto titolare delle azioni di tutela, valorizzazione e gestione del medesimo parco, ed in particolare dei suoi valori naturali e dei suoi valori ambientali, la legge quadro conferma il principio generale, già sancito nella legge "Galasso" (n. 431 del 1985), di cooperazione tra istituzioni centrali e istituzioni locali nella regolamentazione e gestione delle aree natu-

rali protette.

L'art. 1, co. 5, della l. n. 394 del 1991 prevede, infatti, che *“nella tutela e nella gestione delle aree naturali protette, lo Stato, le regioni e gli enti locali attuano forme di cooperazione e di intesa ai sensi dell'art. 81 del d.P.R. n. 616/77, e dell'art. 27 l. n. 142/90”*.

Alla luce di tali considerazioni emerge come la disciplina delle aree protette si ponga, inevitabilmente, lungo la linea di confine che divide la normativa a difesa dell'ambiente e la normativa a difesa del paesaggio, ossia il profilo ecologico-naturalistico da quello più spiccatamente estetico.

In riferimento all'ambiente rileva, infatti, come, storicamente, tale *“bene”*, nel suo inevitabile relazionarsi con l'uomo, se, da un lato, rappresenta la condizione essenziale *“per eccellenza”* per la sopravvivenza umana, dall'altro lato, costituisce un forte limite alla possibilità di beneficiare, in maniera *“serena”*, delle tecnologie offerte, di volta in volta, dal progresso scientifico.

Sin dalle origini, pertanto, la tutela dell'ambiente deve confrontarsi con due *“forze giuridiche”* contrapposte, identificate, rispettivamente, nel c.d. potere di trasformazione, che ha trovato nello *ius aedificandi* la sua più immediata proiezione nella realtà fenomenica, e nel c.d. potere di conservazione, che, di contro, rinviene nei concetti di tutela e valorizzazione il suo contenuto più profondo⁷.

A livello giuridico, l'essenzialità che connota il bene *“ambiente”*, elevandolo a fattore fondamentale per la sopravvivenza di ogni forma di vita possibile, si traduce, tuttavia, in una insormontabile difficoltà di definizione del concetto.

Dal latino *ambiens*, ossia *“ciò che sta intorno”*⁸, il termine evoca uno spazio indefini-

to, un contenitore senza fondo, in cui ogni individuo entra in relazione, non solo con altri individui, ma anche con tutto ciò che nell'ambiente vive e dell'ambiente fa parte, e quindi natura, paesaggio, salute e governo del territorio.

Il concetto di ambiente, nel suo stesso etimo, denota, quindi, una evidente complessità definitoria, dovuta essenzialmente all'ampiezza ed alla varietà dei suoi contenuti, che comportano l'impossibilità di formulare una nozione generale e unitaria⁹.

Si spiega, in tal modo, l'assenza, nel nostro ordinamento, di un'espressa definizione normativa del concetto di *“ambiente”*, realtà che ha portato all'emergere di diverse posizioni dottrinali, che, seppur differenti tra loro, possono essere, in via generale, ricondotte o alla teoria pluralista, che fa rientrare nell'accezione comune del termine entità quali l'acqua, l'aria, la flora, la fauna, il suolo, le bellezze naturali, piuttosto che alla teoria monista, secondo cui l'ambiente, pur potendo rappresentare la sommatoria di tali entità, o una relazione tra di esse, è un bene giuridico immateriale unitario, che potrebbe soddisfare

dell'ambiente, Roma, 2005, 3, ove, in relazione all'accezione del termine quale *“insieme delle condizioni sociali, culturali, morali e delle persone, che circondano l'individuo e ne contrassegnano le forme della vita fisica e spirituale”* (Grande Dizionario della lingua italiana, Torino, 1980, I, 382), si rileva come *“L'ambiente (...) suscita passioni, speranze, incomprensioni, emozioni, talora anche insofferenza”*.

⁹ Per la teoria pluralista cfr. M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1973, 15; E. CAPACCIOLI - DAL DIAZ, *Ambiente (tutela dell'): parte generale di diritto amministrativo*, voce, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, vol. I, Torino, 1980, 257; G. TORREGROSSA, *Profili della tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1384; P. D'AMELIO, *Ambiente (tutela dell'): diritto amministrativo*, voce, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988; A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 421; Per la teoria monista, invece, cfr. S. PATTI, *Ambiente (tutela dell') nel diritto civile*, voce, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987; A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1985, 32. La concezione monistica è condivisa anche da parte della giurisprudenza, cfr. Corte Cass., Sez. Un., 6.10.1979, n. 5172; C. cost., 28.5.1987, n. 210; Id., 30.12.1987. Per una completa rassegna giurisprudenziale, soprattutto relativa alla C. cost., cfr. M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.

⁷ La distinzione delle due tipologie di poteri si riconduce a SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 178.

⁸ Nella specie, l'analisi semantica della parola *“ambiente”* si riconduce all'accostamento dei termini latini *“amb”* (attorno) e *“entis”* (participio presente del verbo *esse*, che vuol dire essere). Cfr. DEVOTO OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990, che con il termine *“ambiente”* identifica lo *“spazio circostante considerato con tutte o con la maggior parte delle sue caratteristiche”*; A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Diritto*

un interesse ulteriore rispetto a quelli appagati direttamente dalle singole entità.

Si può, pertanto, affermare che *“l’ambiente è tale rispetto ad un soggetto, ad un termine di riferimento”*, intendendo con tale espressione la necessità che ogni definizione possibile ed immaginabile di ambiente sia *“contestualizzata”*¹⁰.

Oltre che dal punto di vista oggettivo, emerge come la disciplina delle aree protette si ponga in termini di necessario collegamento con quella finalizzata alla tutela dell’ambiente anche sul piano più strettamente normativo.

A livello di legislazione statale il riferimento è, essenzialmente, al d. lgs. n. 112 del 1998, che nell’ambito del processo di decentramento delle funzioni amministrative in ossequio al principio di sussidiarietà, ha inserito le norme a difesa della natura nel capo III dedicato, appunto, alla protezione della natura e dell’ambiente, evidenziando il nesso funzionale esistente tra la difesa dell’ambiente e la tutela delle aree di particolare pregio naturalistico e ambientale.

A livello costituzionale, la tutela dell’ambiente, come è noto, ha trovato espresso riferimento soltanto nella l. cost. n. 3/2001, che, nel sovvertire il previgente criterio di riparto delle potestà legislative tra Stato e regioni, ha inserito tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato *ex art. 117, co. 2, cost. proprio “la tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”*.

Come più volte affermato dalla C. cost., la *“tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”* non può, tuttavia, essere intesa in termini di materia, ma piuttosto come *“valore costituzionalmente protetto”* o *“materia trasversale”*¹¹, che conduce a *“relativizzare l’elenco delle materie quale criterio per l’allocazione delle funzioni legislative”*¹², rendendo ragionevole

¹⁰ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

¹¹ Cfr., *ex multis*, C. cost., 24.6.2003, n. 222; 7.10.2003, n. 307; 22.7.2004, n. 259; 24.3.2005, n. 135; 14.11.2007, n. 378.

¹² M. BETZU, *L’ambiente nella sentenza della Corte Costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in *www.quadernocostituzionali.it* che ravvisa in questa strategia legislativa lo strumento più adatto a configurare la tutela dell’ambiente come una materia in senso trasversale.

la configurazione dell’ambiente come valore e dunque come terreno di incontro di una pluralità di competenze, statali e regionali, salvo poi riservare all’esclusiva competenza statale ambiti meritevoli di disciplina uniforme¹³, finalizzati, essenzialmente, ad evitare che i dubbi in ordine alla distribuzione di competenze fra i vari livelli di governo finisca *“per compromettere ciò che si vuole espressamente tutelare: l’ambiente, l’ecosistema”*.

Per quanto, invece, concerne il collegamento tra le aree protette e il paesaggio, esso emerge dal fatto che quest’ultimo, in quanto insieme di fattori interagenti e in evoluzione, si struttura come bene complesso e dinamico con cui l’uomo si rapporta nel definire una propria immagine sul territorio e nell’ambiente, elementi con i quali storicamente viene accomunato¹⁴.

A livello legislativo, il paesaggio viene considerato come *“bene”* meritevole di tutela, nel 1939, con l’emanazione della l. n. 1497, recante *“Legge sulle bellezze naturali”*, che afferma la necessità di preservare gli ambiti paesaggistici, di tipo naturale e storico, rilevanti dal punto di vista estetico.

Una tutela, quindi, che, nella sostanza, prevede pure forme di conservazione della *“eredità”* naturalistica e storica ricevuta, in quanto focalizzata sui beni paesaggistici di particolare pregio, trascurando gli aspetti biologico-naturalistici e, soprattutto, l’impatto e le inevitabili reazioni tra uomo e territorio, sia in termini di incidenza sul paesaggio, sia come patrimonio culturale diffuso.

Con l’entrata in vigore della Costituzione il *“paesaggio”* assume dignità costituzionale.

L’art. 9 cost., infatti, attribuisce alla Repubblica il compito di tutelare, insieme al patrimonio storico ed artistico della Nazione, il bene *“paesaggio”*, senza, tuttavia, darvi definizione.

Ne sono conseguite, sia in ambito giurisprudenziale che in ambito dottrinario, interpretazioni diverse, che sinteticamente possono essere raggruppate in due distinti orienta-

¹³ Cfr. C. cost., 29.1.2005, n. 62.

¹⁴ Cfr. C. cost., 13.5.1987, n. 167, ove il paesaggio e l’ambiente vengono accomunati nell’affermazione che *“il patrimonio paesaggistico ed ambientale costituisce eminentemente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo”*.

menti¹⁵.

Il primo orientamento attribuisce alla nozione di paesaggio il significato che deve desumersi dalla legislazione vigente al momento dell'elaborazione della Costituzione, ossia il significato di bellezze naturali¹⁶ ex l. n. 1497 del 1939, frutto di una concezione prettamente estetica¹⁷. Il paesaggio verrebbe, così, identificato con quei beni di particolare bellezza naturale o singolarità geologica, "quadri naturali degni di nota"¹⁸, e non con la natura, intesa come flora e fauna, in quanto tale¹⁹. Ne consegue una disciplina del paesaggio volta a tutelare "ciò che è" nel paesaggio, e, nella specie, alla mera conservazione del "visibile e dello scenario naturale"²⁰.

Il secondo orientamento, invece, identifica il paesaggio come la "forma del paese"²¹, la commistione tra il patrimonio naturale e l'opera dell'uomo, facendo rientrare nella nozione, non solo la natura in quanto tale (com-

prensiva di flora e di fauna), ma anche gli interventi dell'uomo sulle preesistenze naturali²².

Con l'emanazione del d. lgs. n. 42 del 2004 identificato quale codice dei beni culturali e del paesaggio, (anche il codice) l'ordinamento italiano, sotto l'evidente influenza della Convenzione europea²³, non solo ha finalmente attribuito al paesaggio una dimensione autonoma rispetto all'ambiente, sostituendo alla locuzione "beni ambientali" quella di "beni paesaggistici", ma ha anche fornito una definizione di "paesaggio" contemplante la continua interazione tra la natura e l'uomo.

Secondo l'attuale lettera dell'art. 131 del Codice, infatti, per paesaggio deve intendersi "il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni"²⁴.

Il codice, tuttavia, non individua espressamente quali organi della Repubblica debbano considerarsi preposti alla tutela del paesaggio, limitandosi ad affermare che la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale²⁵, costituito dai beni culturali e dai beni

¹⁵ In argomento cfr. G. F. CARTEI, *Il paesaggio*, in AA. VV. (a cura di S. CASSESE) *Trattato di diritto amministrativo. Parte Speciale*, Tomo II, Milano, 2003, 2113.

¹⁶ La l. n. 1497 del 1939 distingue le bellezze naturali in due categorie: 1) le bellezze individue, identificate con gli immobili presentanti cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica, le ville, i giardini e i parchi di particolare bellezza; 2) le bellezze d'insieme, costituite dai complessi di cose di notevole interesse estetico e tradizionale, dalle bellezze panoramiche e dai punti di vista o di belvedere da cui poter ammirare tali bellezze.

¹⁷ Tale filone interpretativo si richiama al criterio esegetico della c.d. "pietrificazione" o "cristallizzazione". Cfr. A. D'ATENA, *Il completamento dell'ordinamento costituzionale. Profili di costituzionalità del decreto 616 del 1977*, in *Dir. soc.*, 1978, 425; A. ANZON, *Il nuovo volto delle materie regionali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, 1103; P. N. DE LEONARDIS, *Verso la tutela del paesaggio come situazione oggettiva costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1988, 342.

¹⁸ G. F. CARTEI, *Il paesaggio*, cit.

¹⁹ Cfr. M. CANTUCCI, *Bellezze naturali*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. II, Torino, 1958, 94; A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, cit.

²⁰ Così F. MELENSI, *Art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Tomo I, Bologna-Roma, 1982, secondo il quale, la norma della Costituzione non può essere intesa come "sublimazione di una normativa ormai vetusta", tanto più perché l'interpretazione delle norme costituzionali non può basarsi sul regime di una legge ordinaria pre-costituzionale.

²¹ A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 512.

²² A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio e ambiente: i referenti nazionali e normativi*, Milano, 1969, 68. cfr., inoltre, M. P. CHITI - P. MONETA, *Contributo allo studio degli strumenti giuridici per la tutela del paesaggio*, in *Foro amm.*, 1971, 1045, S. LABRIOLA, *Dal paesaggio all'ambiente: un caso di interpretazione evolutiva della norma costituzionale. Il concorso della Corte ed il problema delle garanzie*, in *Dir. soc.*, 1987, 115. Sul rifiuto della teoria della "pietrificazione" in giurisprudenza cfr. C. cost., 6.5.1976, n. 106, in *Giur. cost.*, 1976, 813.

²³ La Convenzione Europea del Paesaggio, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, è stata firmata a Firenze, il 20.10.2000, e ratificata con la l. n. 14 del 2006.

²⁴ L'art. 131 del d. lgs. n. 42 del 2004, ha subito ben due interventi di modifica. L'originaria definizione di "parte omogenea di territorio i cui caratteri derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni" è stata, infatti, sostituita, dall'art. 3 del d. lgs. n. 157 del 2006, con quella di "parti di territorio i cui caratteri distintivi derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni". In argomento cfr. A. BORZÌ, *La disciplina della tutela e della valorizzazione del paesaggio alla luce del d. lgs. n. 157 del 2006 e della recente giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it.

²⁵ Art. 1, co.1, d. lgs. n. 42/2004.

paesaggistici²⁶, in attuazione dell'art. 9 cost. e in coerenza con le attribuzioni di cui all'art. 117 cost..

Come affermato dalla C. cost., la tutela del paesaggio e delle bellezze naturali deve essere affidata ad un sistema di intervento pubblico basato su competenze statali e regionali che concorrono o si intersecano, in una attuazione legislativa che impone il temperamento dei rispettivi interessi, con l'osservanza in ogni caso del principio di equilibrata concorrenza e cooperazione tra le due competenze, in relazione ai momenti fondamentali della disciplina stabilita per la sua protezione di tale fondamentale interesse²⁷.

L'art. 117 cost., tuttavia, nulla dispone in merito alle funzioni legislative in materia di tutela del paesaggio, limitandosi ad attribuire alla potestà legislativa dello Stato la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" (co.2, lett. s) ed ad annoverare tra le materie di potestà legislativa concorrente, ex co. 3, la "valorizzazione dei beni culturali ed ambientali" e il "governo del territorio".

Poiché la valorizzazione è funzione diversa dalla tutela²⁸, la materia "tutela del pae-

²⁶ Art. 2, co. 1, d. lgs. n. 42/2004, dove si precisa, al co. 2, che "sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà" e, al comma 3, che sono, invece, beni paesaggistici "gli immobili e le aree indicati all'art.134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge".

²⁷ C. cost., 25.10.2000, n. 437.

²⁸ Come chiarisce lo stesso Codice, la valorizzazione, che deve essere attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze, consiste "nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. In riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati" (art. 6, co. 1, lgs. n. 42/2004 e succ. mod.). La tutela, invece, consiste "nell'esercizio delle

saggio", in quanto non espressamente nominata, deve ritenersi o come rientrante, in via residuale, nella potestà legislativa esclusiva delle regioni, ai sensi del nuovo co. 4 dell'art. 117 cost., o come facente parte della materia "tutela dell'ambiente", ovvero del "governo del territorio"²⁹.

Per quanto riguarda i rapporti tra paesaggio e urbanistica, oggi considerata parte integrante del "governo del territorio", la giurisprudenza costituzionale e amministrativa non si è mai discostata troppo dal tradizionale orientamento che tiene ben distinte le due materie in virtù del diverso interesse pubblico a ciascuna sotteso³⁰.

Il consolidato orientamento della giurisprudenza³¹ considera, invece, la tutela del paesaggio come aspetto della tutela dell'ambiente, partendo dal presupposto che la tutela del paesaggio debba essere intesa nel senso lato della tutela ecologica³² e della conservazione dell'ambiente³³. Ne consegue una strettissima contiguità della tutela del paesaggio con la protezione della natura, in quanto contrassegnata da interessi estetico-culturali e basata, primariamente, sugli interessi ecologici e quindi sulla difesa dell'ambiente come bene unitario, pur se composto da molteplici aspetti rilevanti per la vita naturale e umana e per la salute³⁴.

La giurisprudenza è giunta, quindi, ad affermare che l'art. 9 cost. "tutela il paesaggio-

funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione" (art. 3 d. lgs. n. 42/2004). La tutela del paesaggio può esplicarsi anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale (art. 3, comma 2).

²⁹ In argomento cfr. S. CIVITARESE, *Il paesaggio nel nuovo Titolo V, parte II della Costituzione*, in AA. VV. (a cura di B. POZZO – M. RENNA), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004, 135.

³⁰ Cfr. ex multis, C. cost., 29.5.1968, nn. 55 e 56; 24.7.1972, n. 141; 29.12.1982, n. 239; 21.12.1985, n. 359; 23.7.1997, n. 262; CdS, VI, 30.6.1997, n. 1001.

³¹ Per una accurata ricostruzione della nozione di paesaggio nella giurisprudenza cfr. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 363.

³² C. cost., 3.10.1990, n. 430.

³³ C. cost., 11.7.1989, n. 391.

³⁴ C. cost., 15.11.1988, n. 1029.

*ambiente, come espressione di principio fondamentale dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e si sviluppa la persona umana*³⁵, fornendo, così, una definizione di paesaggio come componente della ampia nozione di ambiente, da tempo considerato come *"bene immateriale unitario"* che si esprime mediante *"varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela"*³⁶. Ciò comporta che se nell' art. 117 cost. non vi è espressa menzione della materia *"tutela del paesaggio"*, ma solo di quella della *"tutela dei beni culturali, dell'ambiente e dell'ecosistema"*, deve ritenersi, come rilevato anche dal CdS, che in tale formulazione il termine ambiente stia necessariamente per *"paesaggio ambiente"*, non avendo altrimenti senso la duplicazione del concetto di ambiente come ecosistema. Dall'art. 117 cost., co.2, lett.s), si evincono, quindi, due nozioni di ambiente: *"ambiente-paesaggio"* e *"ambiente-ecosistema"*³⁷.

La tutela del paesaggio, che con la tutela dell'ambiente costituisce *"un'endiadi unitaria"*³⁸, rappresenta, quindi, una materia attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato con tutte le precisazioni fatte in merito alla trasversalità della materia *"tutela dell'ambiente"*.

Come di recente evidenziato dalla C. cost., sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambienta-

le e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (fruizione del territorio), che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle regioni. In tale contesto, la tutela ambientale e paesaggistica precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali³⁹.

Si possono pertanto distinguere due tipi di tutela, che *"ben possono essere coordinati fra loro, ma che debbono necessariamente restare distinti"*⁴⁰.

Ne consegue, sul piano del riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di paesaggio, la *"separazione tra pianificazione territoriale ed urbanistica, da un lato, e tutela paesaggistica dall'altro"*, prevalendo, comunque, *"l'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica"*, che, in concreto, si traduce nel principio della *"gerarchia"* degli strumenti di pianificazione dei diversi livelli territoriali, espresso dall'art. 145 del codice⁴¹.

Effettuate tali doverose precisazioni di carattere preliminare, è necessario rilevare come la disciplina relativa alle aree naturali protette sia stata di recente considerata quale materia *"compresa nell'ambito dell'ambiente e dell'ecosistema"* e, in quanto tale, rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex art. 117, co. 2, lett. s), cost.*⁴².

Appare, altresì, opportuno evidenziare come la stessa C. cost., in seguito all'entrata in vigore del d. lgs. n. 42 del 2004, abbia più volte ribadito che il paesaggio deve essere considerato un *"valore primario"* ed *"assoluto"*⁴³, precisando, inoltre, che con il termine paesaggio si deve intendere *"la morfologia del territorio, cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo"* ed ancora che *"l'art. 9 della Costituzione ha sancito il principio fondamentale della "tutela del paesaggio" senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo*

³⁵ C. cost., 27.7.2000, n. 378; 1.4.1998, n. 85.

³⁶ C. cost., 28.5.1987, n. 210; 30.12.1987, n. 641. In dottrina cfr. M. S. GIANNINI, *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1973, secondo cui l'ambiente è sotto l'aspetto giuridico *"una sintesi verbale, perché gli elementi che compongono l'ambiente non sono omogenei per natura, e l'azione che l'uomo dispiega nell'ambiente è a sua volta non omogenea. Basti considerare, quanto al primo punto, che un ambiente si compone di elementi naturali, come il suolo, l'atmosfera, le acque, ma anche di elementi del tutto creati dall'uomo, come gli aggregati abitativi, gli insediamenti produttivi industriali, le attività di coltivazione del suolo"*.

³⁷ CdS, Ad. Plen., 14.12.2001, n. 9. In dottrina, cfr., inoltre, T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 2001; G. CIAGLIA, *Prudenza e giurisprudenza nella tutela del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 163.

³⁸ C. cost., 26.11.2002, n. 478.

³⁹ C. cost., 7.11.2007, n. 367.

⁴⁰ C. cost., 7.11.2007, n. 367, cit.

⁴¹ In tali termini C. cost., 30.5.2008, n. 180.

⁴² Cfr. C. cost., 18.10.2002, n. 422; 25.11.2008, n. 387; 23.1.2009, n. 12.

⁴³ C. cost., 5.5.2006, nn. 182 e 183.

stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale”⁴⁴.

Si è, infine, affermato che la “tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali”⁴⁵, pur se si è riconosciuto che resta salva la facoltà delle regioni “di adottare norme di tutela ambientale più elevate nell’esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell’ambiente”⁴⁶.

Alla luce di tali considerazioni di carattere generale, la C. cost., recentemente, ha ritenuto necessario delineare con più precisione la linea di confine tra preservazione delle aree protette e tutela del paesaggio, ritenendo fondata, nella sentenza n. 272 del 19.10.2009, la questione di legittimità costituzionale promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri in relazione all’art. 2, co. 1, lett. a), b) e c), nonché dell’art. 8, co. 1, lett. c), e 2, lett. b), della l. reg. Liguria 23.10.2007, n. 34 (Istituzione del Parco naturale regionale delle Alpi Liguri) nella parte in cui attribuisce al Parco naturale regionale lo scopo di “tutelare”, oltre che di valorizzare, il patrimonio naturale, il patrimonio etnoantropologico ed il paesaggio.

Dette norme, infatti, si pongono in netto contrasto con l’art. 117, co. 2, lett. s), cost., che riserva la potestà legislativa esclusiva in materia di tutela dei beni culturali allo Stato (esercitata da questo ultimo con gli artt. 3, 4 e 5 del d. lgs. n. 42 del 2004); nonché con l’art. 118, co. 3, cost., che riserva allo Stato l’individuazione di forme di intesa e di coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Nella specie, l’art. 8, co. 2, lett. b), attribuendo al piano del parco la funzione di indi-

viduare gli “interventi da assoggettare o meno al nulla osta di cui all’art. 21 della l. regionale n. 12 del 1995”⁴⁷ nonché le ipotesi in cui lo stesso nulla osta possa essere acquisito mediante autocertificazione di un tecnico a ciò abilitato, si pone inevitabilmente in contrasto sia con l’art. 9 cost., che attribuisce alla Repubblica la tutela del paesaggio, stabilendo, altresì, come regola “l’intangibilità del bene tutelato rispetto al quale l’assenso agli interventi di modifica si configura come derogata”, che con l’art. 117, co. 2, lett. s), cost..

La Consulta conferma, inoltre, anche il contrasto tra le censurate norme di natura regionale con gli artt. 135 e 143 del d. lgs. n. 42 del 2004, che, adottati nell’ambito della potestà legislativa dello Stato in materia, stabiliscono “contenuti e finalità dei piani paesistici”, nonché con l’art. 146 dello stesso d. lgs. n. 42 del 2004, che stabilisce la preminenza dell’autorizzazione paesaggistica rispetto agli atti di assenso relativi alle trasformazioni di tipo urbanistico-edilizio del territorio.

Si rileva, infatti, che laddove il piano del parco stabilisse che per un determinato territorio non occorresse il nulla osta (o lo subordinasse ad una semplice autocertificazione), per questi interventi urbanistici non vi sarebbe una doppia fase di verifica dell’ammissibilità degli interventi di trasformazione all’interno del parco medesimo (o comunque verrebbe meno la fase di competenza dei soggetti preposti alla tutela del vincolo).

La questione è stata esaminata dalla stessa Corte nel 2008 con la sentenza n. 437, nella quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 1 della l. reg. Basilicata n. 21 del 2007, ove si prevedeva la “semplice veri-

⁴⁷ L’art. 21 della l. regionale n. 12 del 1995, dopo aver sancito, al comma 1, che “le funzioni amministrative riguardanti il rilascio delle autorizzazioni paesistico - ambientali di cui alla l. 29.6.1939 n° 1497 e successive modificazioni e integrazioni per le parti di territorio normate dal Piano restano disciplinate dalla l. regionale 21.8.1991 n. 20 salvo quanto previsto dal presente articolo”, stabilisce, al comma 2, che “Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi impianti ed opere all’ interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell’Ente Parco. Il nulla osta verifica la conformità tra le norme in vigore nel territorio del parco e l’intervento ed è reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso inutilmente tale termine il nulla osta si intende rilasciato”.

⁴⁴ C. cost., 7.11.2007, n. 367.

⁴⁵ C. cost., 7.11.2007, n. 367.

⁴⁶ C. cost., 23.1.2009, n. 12.

fica di conformità alle prescrizioni dei Piani paesistici”, perchè contemplante “una procedura autorizzatoria semplificata” consentita ex art. 143, co. 5, lett. a) e b), del codice, soltanto a seguito di un piano elaborato d’intesa tra regione e ministeri competenti “degradando, in tal modo, la tutela paesaggistica – che è prevalente – in una tutela meramente urbanistica”.

Nello stesso senso si collocano le pronunce della C. cost. in tema di pianificazione.

Il riferimento è, in particolare, alla pronuncia n. 180 del 2008, che dichiara l’illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa della regione Piemonte che sostituiva, nell’ambito di un Parco, il piano d’area al piano paesaggistico, poichè, in tal modo, veniva alterato “l’ordine di prevalenza che la normativa statale, alla quale è riservata tale competenza, detta tra gli strumenti di pianificazione paesaggistica” e alterato “il principio della “gerarchia” degli strumenti di pianificazione dei diversi livelli territoriali, espresso dall’art. 145 del d. lgs. n. 42 del 2004” oltre che l’art. 117, co. 2 lett. s), cost. in materia di “conservazione ambientale e paesaggistica”.

In tale occasione la Corte osserva, infatti, come l’art. 145 del codice, rubricato «*Coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione*», affidi al Ministero per i beni e le attività culturali, anzitutto, l’individuazione delle “*linee fondamentali dell’assetto del territorio nazionale per quanto riguarda la tutela del paesaggio, con finalità di indirizzo della pianificazione*”,

stabilendo, altresì, che “*i piani paesaggistici prevedono misure di coordinamento con gli strumenti di pianificazione territoriale e di settore, nonché con i piani, programmi e progetti nazionali e regionali di sviluppo economico*”.

Tale norma contempla, al co. 3, il principio di “*prevalenza dei piani paesaggistici sugli altri strumenti urbanistici, precisando che, per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette*”⁴⁸.

Alla luce delle esaminate pronunce della Corte emerge, quindi, come la tutela dell’ambiente e la tutela del paesaggio non possano essere in alcun modo alterate o trascurate dalla legislazione regionale, neppure attraverso l’emanazione di norme che, preordinate alla specifica preservazione delle aree protette, prevedano forme di tutela a procedura semplificata.

⁴⁸ Sebbene il d.lgs. n. 63 del 2008, tra le varie modifiche apportate al d. lgs. n. 42 del 2004 abbia inserito, nella prima parte del comma 3 dell’art. 145, l’inciso, da riferirsi alle previsioni dei piani paesaggistici di cui agli artt. 143 e 156 “*non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico la parte della disposizione che riguarda il principio di prevalenza dei piani paesaggistici*” non si rileva alcuna modificazione in ordine il principio di prevalenza dei piani paesaggistici, che, invece, appare rafforzato. Così C. cost., 30.5.2008, n. 180, cit.

IL PIANO URBANISTICO TERRITORIALE TEMATICO: L'ESPERIENZA DELLA REGIONE PUGLIA

della Dott.ssa Valentina Pavone

Il contributo ha ad oggetto l'analisi strutturale del piano urbanistico territoriale tematico della regione Puglia attualmente vigente e la verifica dell'incidenza su tale strumento pianificatorio del mutato quadro normativo di riferimento, a livello nazionale e regionale.

La legge urbanistica fondamentale, l. 17.8.1942, n. 1150, aveva previsto, nella sua teorica¹ impostazione, un sistema di pianificazione a piramide rovesciata, nel quale lo strumento di pianificazione generale, collocato all'apice di questa struttura, sarebbe stato costituito dal piano territoriale di coordinamento: tale piano avrebbe dovuto costituire, a norma dell'art. 5 della l. n. 1150/1942, uno strumento generale volto, ad orientare e coordinare le strategie di pianificazione nell'ambito del territorio comunale, con particolare attenzione "a) alle zone da riservare a speciali destinazioni ed a quelle soggette a speciali vincoli o limitazioni di legge; b) alle località da scegliere come sedi di nuovi nuclei edilizi od impianti di particolare natura ed importanza; c) alla rete delle principali linee di comunicazione stradali, ferroviarie, elettriche, navigabili esistenti e in programma."

Il condizionale in tale circostanza è d'obbligo, poiché le, peraltro limitate, esperienze di pianificazione generale si sono, nella pratica, dimostrate fallimentari².

La pianificazione ad area vasta si è svilup-

pata, invece, a livello regionale, attraverso l'approvazione di piani territoriali di coordinamento regionale, teoricamente generali, ma, di fatto, caratterizzati dalla cura dell'interesse paesistico ovvero attraverso i c.d. piani urbanistici territoriali tematici. L'esperienza della pianificazione di area vasta si è, poi, ampliata con i piani territoriali di coordinamento provinciale³, disciplinati nell'art. 20 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, che costituisce, come è noto, il t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali: ai sensi del co. 2 dell'art. 20 le province sono diventate titolari del potere di predisporre ed adottare – seguendo un procedimento che coinvolge l'ente regionale in sede di verifica della conformità del p.t.c.p. agli indirizzi regionali della programmazione socio-economica e territoriale – un piano territoriale di coordinamento nel quale devono essere definite le direttive generali di assetto del territorio⁴.

³ Sui piani territoriali di coordinamento delle provincie, cfr. nel contesto normativo antecedente alla riforma delle autonomie locali degli anni novanta t.u. le riflessioni di G. SCIULLO, *La provincia e la pianificazione territoriale*, in Aa.Vv., a cura di G. BARONE E V. OTTAVIANO, L'avvio della nuova provincia regionale in Sicilia. Atti del Convegno organizzato dal Dipartimento di studi politici: Catania 25 e 26 marzo 1988, Milano, 1989; per un'indagine dei piani provinciali, nel mutato quadro normativo determinato dall'entrata in vigore del T.U. degli Enti locali, v. L. MAZZAROLLI, *Urbanistica e piani provinciali, in Il piano territoriale di coordinamento provinciale e la pianificazione di settore*, a cura di G. Caia, Rimini, 2001.

⁴ Il piano territoriale di coordinamento provinciale svolge la funzione di orientare le politiche territoriali, con particolare attenzione a tre profili indicati nel comma secondo dell'art. 20, ovvero "a) le diverse destinazioni del territorio in relazione alla prevalente vocazione delle sue parti; b) la localizzazione di massima delle maggiori infrastrutture e delle principali linee di comunicazione; c) le linee di intervento per la

¹ La dottrina, infatti, ha evidenziato come vi sia stato un netto scollamento tra lo schema teorico di pianificazione delineato nella legislazione urbanistica tradizionale e il sistema reale di pianificazione che si è concretamente affermato. L'emersione di un "modello reale" di pianificazione, distinto da quello sulla carta previsto in seno alla legge urbanistica fondamentale, è il prodotto, da un lato, della scarsa, a volte della totale assenza di attuazione degli strumenti urbanistici ivi previsti (è il caso dei piani territoriali di coordinamento), e dall'altro, dall'affermazione invadente delle legislazioni settoriali che "hanno snaturato il modello sino a renderlo irricognoscibile" (F. SALVIA, *Manuale di diritto Urbanistico*, Torino, 2008, 35).

² F. SALVIA, *Manuale di diritto Urbanistico*, Torino, 2008, 58.

I piani urbanistici tematici, oggetto della presente riflessione, costituiscono, da un punto di vista contenutistico, una forma evolutiva dei piani urbanistici territoriali di coordinamento, contemplati nell'art. 5 della l. n. 1150/1942, ma teleologicamente vincolati.

Essi, infatti, condividono con i piani territoriali di coordinamento un approccio strategico, diretto cioè ad orientare attraverso direttive le scelte urbanistiche contenute nei piani di livello inferiore, e, nello stesso tempo, dai piani territoriali di coordinamento differiscono per il loro contenuto precettivo, che si sostanzia nell'individuazione di vincoli e prescrizioni tese alla tutela di interessi particolari⁵.

Le presenti riflessioni hanno ad oggetto l'analisi dell'esperienza di pianificazione urbanistica territoriale della regione Puglia: le novità legislative interessanti il settore della tutela paesaggistica hanno determinato nell'amministrazione regionale pugliese l'esigenza di operare una integrale rivisitazione del piano urbanistico territoriale tematico approvato, come si evidenzierà di seguito, sulla scorta di un panorama normativo, ormai mutato.

L'indagine è, dunque, volta ad analizzare il PUTT/P (Piano Urbanistico Territoriale Tematico per il Paesaggio) attualmente vigente, avendo cura di evidenziare come potrà cambiare il volto di tale strumento di pianificazione, alla luce dell'ormai mutato sistema normativo nazionale e regionale.

Il sistema pianificatorio della regione Puglia, disegnato dalla l. r. n. 20/2001, contenente "*Norme generali di governo e uso del territorio*", prevede a livello di pianificazione territoriale regionale il Documento regionale di assetto generale (DRAG), in conformità ed in attuazione di quest'ultimo è contemplato a livello provinciale il piano territoriale di co-

sistemazione idrica, idrogeologica ed idraulico-forestale ed in genere per il consolidamento del suolo e la regimazione delle acque; d) le aree nelle quali sia opportuno istituire parchi o riserve naturali".

⁵ Sulla natura, per così dire mista, dei piani tematici, cfr. in dottrina G. GARZIA, *I piani territoriali di coordinamento regionali e provinciali: vigore, efficacia ed effetti*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2003, f. 3-4, 456 ss; in giurisprudenza, cfr. CdS, IV, 26.9.2001, n. 5038, in *Riv. Giur. Amb.*, 1999, 338.

ordinamento provinciale (PTCP), ed infine a livello comunale sono previsti i piani urbanistici generali (PUG) e i piani urbanistici esecutivi (PUE).

In tale struttura il piano urbanistico territoriale tematico si colloca sullo stesso piano del DRAG per quanto concerne l'ambito di operatività territoriale, ovvero il territorio regionale, e, nello stesso tempo, condivide con il PTCP il contenuto programmatico di parte delle sue prescrizioni. Si tratta, però, di un piano urbanistico territoriale *sui generis*: la specialità di tale piano si fonda, in primo luogo, sul fatto che il suo contenuto è teleologicamente vincolato alla cura di un interesse particolare, il paesaggio, ed, in secondo luogo, per il carattere precettivo di parte delle disposizioni ivi contemplate.

La regione Puglia, infatti, a norma dell'art. 149 del d. lgs. 29.10.1999, n. 490, c.d. "*t.u. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*", aveva redatto e adottato con delibera giuntale n. 1748 del 15.12.2000⁶ il Piano Urbanistico Territoriale Tematico per il paesaggio (d'ora in avanti richiamato con l'acronimo PUTT/P).

Il 19.4.2001⁷ veniva sancito un Accordo, in sede di conferenza permanente per i rapporti Stato regioni, tra il ministero per i beni e le attività culturali e le regioni, nel quale era fissato, in relazione all'esercizio di poteri in materia di paesaggio all'art. 8, co. 2, l'obbligo per le regioni, che avevano redatto i piani territoriali paesaggistici, entro due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso t.u., di verificarne, con apposito atto, la compatibilità rispetto alle previsioni contenute nello stesso accordo, con il conseguente impegno, ove occorresse, di provvedere al relativo adeguamento.

Sulla scorta del contenuto di tale accordo, la regione Puglia concludeva con esiti positivi la verifica di compatibilità tra le disposizioni ed i contenuti del PUTT/P ed i criteri, le modalità ed i principi generali in materia di pianificazione paesistica fissati nel medesimo accordo⁸.

⁶ Pubblicata sul BURP n. 6 del 13.1.2001.

⁷ Pubblicato sulla G.U. 18.5.2002 n. 114.

⁸ Deliberazione della giunta regionale 30.9.2002, n. 1422, in Bol. n. 145 del 14.11.2002.

Il Piano urbanistico territoriale tematico per il paesaggio è stato costruito come una articolazione tematica del piano urbanistico territoriale. Esso è stato costruito come un piano a base regionale, contenente specifiche disposizioni relative all'uso e alla valorizzazione di beni paesaggistici ed ambientali.

Esso aveva il compito di stabilire gli indirizzi e le direttive per la tutela di beni di rilevante interesse ambientale e paesaggistico, alla cui attuazione erano deputati i piani di secondo livello, ovvero i piani paesistici esecutivi.

Da un punto di vista contenutistico, il PUTT/P si compone, da un lato, di direttive, aventi l'obiettivo di orientare le politiche urbane verso forme di cura e tutela dei valori paesaggistici, e atti di indirizzo tesi ad armonizzare e orientare l'attività urbanistica comunale; e, dall'altro, di disposizioni a carattere precettivo, che sono direttamente e immediatamente vincolanti non solo per gli strumenti di pianificazioni vigenti o in corso di formazione, ma anche per gli operatori privati.

In conformità alla struttura propria dei piani territoriali di coordinamento, descritti nell'art. 5 della l. n. 1150/1942, il PUTT/P perimetra le zone da destinare alla specifica tutela paesaggistica, individuando, seguendo una sorta di graduazione dei valori paesaggistici, i c.d. ambiti territoriali estesi, che si contrappongono ai c.d. territori costruiti, ovvero ad aree considerate prive di intrinseco valore paesaggistico.

Gli ambiti territoriali estesi costituiscono delle aree in cui è precluso l'esercizio del potere di trasformazione del territorio al fine di tutelarne il pregio paesaggistico.

In base al titolo II delle Norme Tecniche di Attuazione del PUTT/P, le cinque classi di ambiti territoriali estesi sono definite con riferimento al livello dei valori paesaggistico-ambientali presenti. Tali valori sono così classificati in valore eccezionale (ambito A), laddove sussistano condizioni di rappresentatività di almeno un bene costitutivo di riconosciuta unicità e/o singolarità, con o senza prescrizioni vincolistiche preesistenti; valore rilevante (ambito B), laddove sussistano condizioni di compresenza di più beni costitutivi con o senza prescrizioni vincolistiche preesi-

stenti; valore distinguibile (ambito C), laddove sussistano condizioni di presenza di un bene costitutivo con o senza prescrizioni vincolistiche preesistenti; valore relativo (ambito D), laddove pur non sussistendo la presenza di un bene individuato, sussista la presenza di vincoli (diffusi) che ne individuino una significatività; valore normale (ambito E), laddove è comunque dichiarabile un significativo valore paesaggistico-ambientale.

Per quanto attiene all'attuazione delle previsioni contenute nel PUTT/P, essa si concretizza per opera o degli enti territoriali (regione, province, comuni) o dei proprietari (e aventi titolo) dei siti sottoposti, dallo stesso piano, a tutela paesaggistica. Gli enti territoriali, in relazione alle competenze proprie o delegate, attuano il piano con la pianificazione paesaggistica di secondo livello mediante piani urbanistici territoriali tematici di secondo livello; parchi regionali e relativi piani; strumenti urbanistici generali (o loro varianti) conformi al piano; strumenti urbanistici esecutivi con specifica considerazione dei valori paesistici; piani di intervento di recupero territoriale.

Il piano viene attuato, altresì, con il rilascio di autorizzazioni paesaggistiche, pareri paesaggistici, attestazioni e verifiche di compatibilità paesaggistica.

Nell'ambito di tale quadro normativo il vigente Piano Urbanistico Territoriale Tematico del "Paesaggio" della regione Puglia distingue nettamente i c.d. "territori costruiti", che costituiscono aree prive di intrinseco interesse paesaggistico, dagli "ambiti territoriali estesi", nei quali la trasformazione dell'attuale assetto paesaggistico è condizionata al perseguimento di specifici obiettivi di salvaguardia e valorizzazione, graduati sul differente valore di pregio delle aree appositamente classificate da A ad E, da accertarsi mediante il previo rilascio di autorizzazioni, pareri ed attestazioni di compatibilità paesaggistica, a seconda se l'intervento debba essere attuato dalla mano pubblica o privata, e dagli "ambiti territoriali distinti".

I "territori costruiti" sono, secondo l'art. 1.03, co.5, delle N.T.A. del PUTT/P, "anche in applicazione dell'art. 1 della l. 431/1985", delle particolari aree individuate dagli strumenti urbanistici nelle zone omogenee A, B,

C.

Il PUTT/P ha, dunque, un contenuto dispositivo a natura composita poiché si atteggiava come un piano di direttive poiché è diretto, alla stregua dei tradizionali piani di coordinamento, ad indirizzare e guidare l'azione pianificatoria dei soggetti pubblici, ma, nel contempo, contempla puntuali prescrizioni vincolistiche, immediatamente operative anche per i soggetti privati, dirette a disciplinare l'attività di utilizzazione e trasformazione del suolo e comportanti obblighi di carattere generale o particolare per il perseguimento coordinato del valore primario paesistico. Idonea appare per questo la qualificazione come piano urbanistico territoriale tematico⁹.

Il quadro normativo in cui viene approvato il PUTT/P Puglia subisce, a partire dal 2004, un sensibile cambiamento.

Il d. lgs. 22.1.2004, n. 42, (codice dei beni culturali e paesaggistici) successivamente modificato con il d. lgs. 156 e 157 del 2006, e 97/2008, all'art. 135 prevede infatti che *“le regioni, anche in collaborazione con lo Stato, nelle forme previste dall'art. 143, sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio, approvando piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, concernenti l'intero territorio regionale, entrambi di seguito denominati “piani paesaggistici”*.

Al medesimo articolo si prevede che i piani paesaggistici, al fine di tutelare e migliorare la qualità del paesaggio, definiscano previsioni e prescrizioni atte:

a) al mantenimento delle caratteristiche, degli elementi costitutivi e delle morfologie dei beni sottoposti a tutela, tenuto conto anche delle tipologie architettoniche, nonché delle tecniche e dei materiali costruttivi;

b) all'individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio compatibili con i diversi livelli di valore riconosciuti e con il principio del minor consumo del territorio, e comunque tali da non diminuire il pregio paesaggistico di ciascun ambito;

c) al recupero e alla riqualificazione degli

immobili e delle aree compromessi o degradati, al fine di reintegrare i valori preesistenti, nonché alla realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati;

d) all'individuazione di altri interventi di valorizzazione del paesaggio, anche in relazione ai principi dello sviluppo sostenibile.

Il Piano Paesaggistico previsto dal codice si configura, quindi, come uno strumento avente finalità complesse: alle tradizionali finalità di tutela, conservazione e valorizzazione dei valori paesistici esistenti si aggiungono le finalità di recupero e riqualificazione dei paesaggi compromessi nonché di realizzazione di nuovi valori paesistici.

Il codice non si limita, peraltro, a indicare le finalità del Piano, ma ne specifica altresì le fasi e i relativi compiti conoscitivi e previsionali (al già richiamato art. 143), prevedendo nel caso di elaborazione congiunta con il ministero, una ridefinizione delle procedure di autorizzazione paesaggistica con trasformazione del parere delle Soprintendenze da vincolante a consultivo.

Il d. lgs. 42/2004, come modificato e integrato, definisce le previsioni dei piani paesaggistici cogenti per gli strumenti urbanistici, immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli stessi, vincolanti per gli interventi settoriali (art. 145). Esso prevede, inoltre, che si stabiliscano norme di salvaguardia applicabili in attesa dell'adeguamento degli strumenti urbanistici, e che detto termine di adeguamento sia fissato comunque non oltre due anni dalla sua approvazione.

Dall'insieme delle disposizioni contenute nel codice il Piano paesaggistico regionale assume un ruolo di tutto rilievo, per i compiti che gli sono attribuiti e per il ruolo prevalente che esso viene ad assumere nei confronti di tutti gli atti di pianificazione urbanistica eventualmente difformi, compresi gli atti degli enti gestori delle aree naturali protette, nonché vincolante per gli interventi settoriali.

Da subito è stata evidenziata¹⁰ la mancata coerenza del PUTT/P della regione Puglia vi-

⁹ Cass. Sez. III n. 42916 del 11.11.2009, che lo colloca nella categoria dei piani urbanistico territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici e ambientali, costituendo un intervento di pianificazione a carattere generale efficace su tutto il territorio regionale.

¹⁰ Cfr. Deliberazione della giunta regionale, 27.3.2007, n. 357, in Bollettino Ufficiale della Regione Puglia - n. 62 del 27.4.2007.

gente, elaborato ai sensi della l. reg. n. 56 del 30.5.1980 ed in attuazione della l. n. 431 dell'8.8.1985, con alcuni elementi di innovazione introdotti dal codice dei beni culturali e del paesaggio (d. lgs. 22.1.2004, n. 42), e in particolare: *“la ripartizione del territorio regionale in ambiti omogenei, da quelli di elevato pregio paesaggistico fino a quelli significativamente compromessi o degradati (art. 143, co. 1); la definizione degli obiettivi di qualità paesaggistica, la previsione di linee di sviluppo urbanistico ed edilizio compatibili con i diversi livelli di valore riconosciuti e tali da non diminuire il pregio paesaggistico del territorio, il recupero e la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, al fine di reintegrare i valori preesistenti ovvero di realizzare nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati con quelli (art. 143, co.2); i contenuti descrittivi, prescrittivi e propositivi del piano, con particolare riguardo all'analisi delle dinamiche di trasformazione del territorio attraverso l'individuazione dei fattori di rischio e degli elementi di vulnerabilità del paesaggio, l'individuazione degli interventi di recupero e riqualificazione delle aree significativamente compromesse o degradate, l'individuazione delle misure necessarie al corretto inserimento degli interventi di trasformazione del territorio nel contesto paesaggistico, alle quali debbono riferirsi le azioni e gli investimenti finalizzati allo sviluppo sostenibile delle aree interessate(art. 143, co. 3).”*

Al mutato quadro normativo nazionale è seguita a livello regionale una nuova stagione legislativa, diretta ad introdurre norme generali in tema di pianificazione paesaggistica.

La regione Puglia ha approvato, infatti, la l.r. 7.10.2009, n. 20 contenente le norme per la pianificazione regionale paesaggistica disciplinandone il relativo procedimento di elaborazione e adozione. Lo schema di piano paesaggistico è adottato, secondo l'attuale normativa regionale pugliese, dalla giunta tenuto conto degli esiti delle consultazioni dei soggetti interessati (enti locali, associazioni, rappresentati di enti sociali, economici e professionali) e dei soggetti istituzionali convocati mediante apposita conferenza di servizi; pubblicato sul BUR e trasmesso al consiglio regionale per l'espressione del relativo pare-

re; approvato dalla giunta ed acquista efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione. I comuni e le province sono tenuti ad adeguare i propri piani urbanistici e territoriali entro un anno dall'entrata in vigore del piano paesaggistico. Il capo III della legge è dedicato all'autorizzazione paesaggistica il cui rilascio, a far data dal 1.1.2010, sarà delegato ai comuni a condizione che essi abbiano istituito la Commissione locale per il paesaggio e dispongano di strutture interne adeguate ad assolvere tale funzione. L'adeguamento delle strutture comunali a tali prescrizioni renderà l'amministrazione comunale unico soggetto titolare del potere di concedere le relative autorizzazioni. In caso contrario, al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica provvede la provincia purché abbia approvato il Piano di coordinamento provinciale e abbia istituito la Commissione locale per il paesaggio altrimenti la competenza resta in capo alla regione. Alla regione spetta, in ogni caso, la competenza a rilasciare le autorizzazioni paesaggistiche per: le infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali e idrauliche di interesse regionale; nuovi insediamenti produttivi, direzionali, commerciali o nuovi parchi tematici che richiedano per la loro realizzazione una superficie territoriale superiore a 40 mila metri quadrati; impianti di produzione di energia con potenza nominale superiore a 10 megawatt. Successivamente con la l. reg. 23/2009 è stato chiarito che le nuove disposizioni entrano in vigore dopo la cessazione del regime transitorio di cui all'art. 159 del d. lgs 42/2004 (ovvero a partire dal 1.1.2010). Sino a tale momento resta in vigore la disciplina del PUTT/p e la delega ai comuni.

I limiti¹¹ operativi del vecchio Putt/P e il

¹¹ Secondo uno studio svolto diretto a valutare lo stato di attuazione del PUTT/P è possibile rilevare notevoli limiti: in primo luogo la carente, a volte errata, rappresentazione cartografica dei beni oggetto di tutela ha comportato enormi difficoltà nella gestione del piano sia da parte delle amministrazioni comunali, in sede di rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche, sia da parte della stessa regione, in sede di controllo e/o di rilascio di pareri; in secondo luogo l'esclusione dal piano dei *“territori costruiti”* e di gran parte del territorio rurale, ha comportato un sistema di pianificazione paesaggistica a *“macchia di leopardo”*, con alcune zone caratterizzate da vincoli assoluti ed altre affidate a una generica valorizzazione delle peculiarità; da ultimo si è

mutato quadro normativo hanno costituito un terreno fertile per l'elaborazione di un nuovo strumento di pianificazione regionale, teologicamente vincolato alla cura di valori paesaggistici-ambientali. È approvato e pubblicato nel bollettino ufficiale regionale n. 174 del 4.11.2009 il provvedimento di adozione dello Schema del Piano paesaggistico territoriale della regione Puglia - PPTR, in applicazione della L. reg. n. 20/2009.

L'impostazione del PPTR in formazione risponde, oltre che all'esigenza di recepimento della Convenzione sul paesaggio¹² e del codice, anche alla volontà di affrontare e superare i diversi limiti maturati nell'attuazione del PUTT/P.

La deliberazione della Giunta che ha dato avvio alla elaborazione del Piano paesaggistico (n. 357 del 27/03/2007) accentua la valenza di Piano territoriale del nuovo piano paesaggistico: dovrà trattarsi di un piano capace di promuovere nei piani per il territorio degli

evidenziata l'assenza di un'analisi ecologica del territorio. Per una disamina più articolata e dettagliata dei limiti evidenziati dall'applicazione del PUTT/P si rinvia a: *"Rapporto sullo stato di attuazione del PUTT/P con valutazione analitica degli effetti positivi e negativi delle applicazioni"*, Report n° 1 del 22/5 2007 a cura dell'arch. Vito Cataldo Gianfrate.

¹² La Convenzione europea del paesaggio, firmata nel 2000 a Firenze, estende il significato di paesaggio rispetto alle accezioni consolidate, riconoscendolo quale parte essenziale dell'ambiente di vita delle popolazioni e fondamento della loro identità (art.5, lett. a) e richiede di integrare il paesaggio nelle politiche di pianificazione del territorio, urbanistiche e in quelle a carattere culturale, ambientale, agricolo, sociale ed economico, nonché nelle altre politiche che possono avere un'incidenza diretta o indiretta sul paesaggio" (art. 5, lett. d).

enti locali non soltanto il recepimento dei vincoli, ma innanzitutto un diverso modo di considerare i beni culturali e paesaggistici quale componente qualificante l'intero territorio e le sue trasformazioni. Di tale piano viene evidenziata la connotazione strategica e progettuale, in cui vengono armonizzate le azioni di tutela con quelle di valorizzazione, riqualificazione e riprogettazione per garantire una maggiore tutela dei valori ambientali e paesaggistici dell'intero territorio regionale, i quali, in piena attuazione dei principi della Convenzione europea del paesaggio, emergono per una connotazione fortemente identitaria.

Le procedure di formazione del Piano, che acquista il *nomen iuris* di piano paesaggistico territoriale regionale, contemplano, dopo la fase di adozione dello schema di documento da parte della giunta, avvenuta con delibera di giunta regionale n. 1947 del 20.10.2009, altri step: la convocazione di una Conferenza Programmatica, con la partecipazione dei rappresentanti dell'ANCI, dell'UPI e dell'UNCEM, le associazioni, le forze sociali, economiche e professionali; la convocazione di una Conferenza dei servizi, con la partecipazione dei rappresentanti delle amministrazioni statali; la pubblicazione sul BUR e la raccolta di proposte integrative, indicazioni ed osservazioni; la definitiva approvazione da parte della giunta.

Il percorso formativo, al di là delle descritte procedure, si ispirerà ai principi della copianificazione e della partecipazione, in un complesso processo di collaborazione istituzionale, a livello locale.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

Corte Costituzionale, 30.12.2009, n. 340

Competenza legislativa statale - in materia di coordinamento della finanza pubblica e di governo del territorio - ex art. 117, co. 3, ultimo periodo, cost. - E' di tipo concorrente e riguarda la sola fissazione dei principi fondamentali.

Ai sensi dell'art. 117, co. 3, ultimo periodo, cost., in materia di coordinamento della finanza pubblica e di governo del territorio lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali, spettando alle regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio. La relazione tra normativa di principio e normativa di dettaglio va intesa nel senso che alla prima spetta prescrivere criteri ed obiettivi, essendo riservata alla seconda l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi. Da ciò deriva l'illegittimità costituzionale dell'art. 58, co. 2, del d.l. 25.6.2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, il quale dispone che: «L'inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne dispone espressamente la destinazione urbanistica; la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni costituisce variante allo strumento urbanistico generale. Tale variante, in quanto relativa a singoli immobili, non necessita di verifiche di conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni. La verifica di conformità è comunque richiesta e deve essere effettuata entro un termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta, nei casi di varianti relative a terreni classificati come agricoli dallo strumento urbanistico generale vigente, ovvero nei casi che comportano variazioni volumetriche superiori al 10 per cento dei

volumi previsti dal medesimo strumento urbanistico vigente».

Tale disposizione infatti, stabilendo l'effetto di variante ed escludendo che la variante stessa debba essere sottoposta a verifiche di conformità, con l'eccezione dei casi previsti nell'ultima parte della disposizione (la quale pure contempla percentuali volumetriche e termini specifici), introduce una disciplina che non è finalizzata a prescrivere criteri ed obiettivi, ma si risolve in una normativa dettagliata che non lascia spazi d'intervento al legislatore regionale, ponendosi così in contrasto con l'art. 117, co. 3, ultimo periodo, cost..

Consiglio di Stato, Sez. IV 22.1.2010 n. 216

Urbanistica ed edilizia - piano regolatore - Vincoli preordinati all'espropriazione o di inedificabilità - sussistenza - limiti.

Urbanistica ed edilizia - piano regolatore - cessione di aree al comune - determinazioni sulla zona edificabile non incidente sulla volumetria realizzabile - vincoli preordinati all'espropriazione o di inedificabilità - Insussistenza - ragioni.

I vincoli di piano regolatore, ai quali si applica il principio della decadenza quinquennale ai sensi dell'art. 2 l. 19.11.1968 n. 1187, sono soltanto quelli che incidono su beni determinati, assoggettandoli a vincoli preordinati all'espropriazione od a vincoli che ne comportano l'inedificabilità assoluta e dunque svuotano il contenuto del diritto di proprietà incidendo sul godimento del bene, tanto da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale. La delibera comunale che imponga la cessione al comune di parte della superficie di proprietà privata - già sottoposta ad un regime vincolistico - ed intervenga sull'indice di edificabilità della superficie complessiva senza incidere sul calcolo della volumetria realizzabile dal privato non ha carattere espropriativo e di inedificabilità ma è espressione della potestà conformativa propria dello strumento urbanistico ge-

nerale, in quanto l'area conserva una residua capacità edilizia seppur con un mutamento del luogo in cui tale capacità può trasformarsi in concreta edificazione, senza alcuna espropriazione, palese o occulta, delle situazioni giuridiche attribuite ai privati. (Nella specie, la delibera gravata imponeva un indice di edificabilità di 0,25 mc/mq. sul 20% della superficie complessiva con obbligo di cessione dell'80% della superficie al comune ed il CdS ha tenuto conto che la zona in questione era stata ininterrottamente vincolata e, quindi, la parte appellante non aveva mai goduto, di fatto, di una possibilità edificatoria dell'area).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.12.2009, n. 9006
PRG - adozione - osservazioni dei privati interessati - natura giuridica.

Le osservazioni presentate dai cittadini dopo l'adozione del P.R.G. costituiscono meri apporti collaborativi alle scelte urbanistiche dell'Amministrazione, la quale - se è tenuta a esaminarle - non può però dirsi obbligata a una analitica confutazione di ciascuna di esse, dovendo ritenersi legittimo il rigetto delle osservazioni determinato dalla semplice loro incompatibilità con le linee generali dello strumento urbanistico.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.11.2009, n. 6947
Convenzioni urbanistiche - finalità.

Le convenzioni urbanistiche hanno lo scopo di garantire che all'edificazione del territorio corrisponda, non solo l'approvvigionamento delle dotazioni minime di infrastrutture pubbliche, ma anche il suo equilibrato inserimento in rapporto al contesto di zona che, nell'insieme, garantiscano la normale qualità del vivere in un aggregato urbano discrezionalmente, e razionalmente, individuato dall'Autorità preposta alla gestione del territorio.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.10.2009, n. 6568
Piani particolareggiati attuativi regolatori - efficacia decennale - allineamenti e prescrizioni di zona tempo indeterminato.

I piani particolareggiati attuativi dei piani regolatori generali hanno efficacia decennale, con esclusione degli allineamenti e delle prescrizioni di zona stabiliti dal piano stesso destinati ad essere applicati a tempo indeterminato anche in presenza di uno strumento urbanistico generale. Pertanto, viene affermato il principio per il quale le prescrizioni urbanistiche di un

piano attuativo rilevano a tempo indeterminato, anche dopo la sua scadenza.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23.10.2009, n. 6521
PRG - variante - osservazioni dei privati - natura giuridica di "meri apporti collaborativi".

Le osservazioni dei privati in sede di redazione del piano urbanistico comunale "meri apporti collaborativi", rispetto ai quali non sussiste in capo all'amministrazione un particolare onere motivazionale.

CGA, Sez. Giurisdizionale, 29.10.2009, n. 998
Fascia costiera - divieto di edificazione - criterio per calcolare la distanza di una costruzione dal mare - individuazione.

A norma dell'art. 15, lett. a), l. regione Sicilia 12.6.1976, n. 78 vige il divieto di edificazione nella fascia dei 150 metri dalla battigia. Ai fini del calcolo della distanza di una costruzione rispetto alla battigia deve essere effettuato non già con riferimento allo sviluppo del percorso scosceso dalla costruzione al mare, bensì alla stregua della linea orizzontale tracciata tra i punti più vicini del manufatto e della costa, nel punto di intersezione con la linea verticale proiettata dalla battigia al cielo.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 23.12.2009 n. 6188

Programmi integrati di intervento- finalità standard - nozione decreto di esproprio - art. 21 bis l. 241/90 - applicabilità - non sussiste

Il Programma Integrato di Intervento può e riesce ad assolvere la sua funzione di strumento di riqualificazione del tessuto urbanistico, edilizio e ambientale, grazie al coinvolgimento di capitali privati, a fronte della sempre crescente difficoltà delle amministrazioni locali di reperire le risorse per realizzare strutture pubbliche. Ne discende che la scelta degli indici territoriali e la disciplina degli standard risponde alla necessità di trovare finanziamenti per riqualificare i quartieri e per realizzare le opere pubbliche, senza aggravare il costruttore al punto tale di farlo desistere dall'operazione.

Il concetto di standard costituisce una categoria aperta, per cui spetta alle amministrazioni il compito di svolgere valutazioni di dettaglio riferite alle singole realtà locali (nella specie è stato ritenuto che a Milano potessero essere considerate come standard le strutture destina-

te ad attività espositiva, ad eventi collegati alla moda e al design, a sfilate e ad attività scolastica, sempre nell'ambito della moda, essendo ormai nell'uso comune la definizione di "Milano città della Moda").

Va esclusa l'applicabilità dell'art. 21 bis l. 7.8.1990 n. 241 al decreto di esproprio in virtù del principio di specialità, e segnatamente della regola, contenuta nel T.U. epr., secondo la quale è necessario, al fine di non determinare l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, che il decreto d'esproprio sia emanato o adottato, ma non anche comunicato al destinatario.

TAR Toscana, Sez. III, 18.12.2009, n. 3867

PRG – approvazione regionale.

La regione in sede di approvazione del P.R.G. può apportare modifiche indispensabili ad assicurare la tutela del paesaggio e di complessi ambientali, ai sensi dell'art. 10, co. 2, della l.n. 1150/1942. In tale ipotesi il comune può accettare le modifiche proposte dalla regione, aderendo senza controdedurre alle osservazioni della stessa, soprattutto allorquando, come nel caso di specie, le proposte sono supportate da esigenze di tutela dell'ambiente, le quali come visto possono giustificare anche modifiche d'ufficio ex art. 10, co. 2, della l. n. 1150/1942.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 17.12.2009, n. 3239

Vincolo inedificabilità – l. reg. Puglia, n. 56/80 – carattere assoluto.

Il vincolo di inedificabilità posto dall'art. 51 lett. h) l. r. Puglia 31.5.1980, n. 56 ha natura tendenzialmente assoluta, benché temporanea, tranne che per le zone A, B e C, ove la possibilità di edificazione può sussistere anche nelle aree poste a meno di 300 mt dal mare, venendo meno così l'assolutezza del vincolo ai fini dell'applicazione dell'art 33 l. 47/85.

TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 11.12.2009, n. 2124

Obbligo di astensione – operatività.

A norma dell'art.16 della l. reg. Sicilia n.30/2000 sussiste l'obbligo per gli amministratori comunali di astensione, ed il conseguente intervento sostitutivo, in materia di procedimento di formazione degli strumenti urbanistici, per il momento deliberativo, cioè il momento in cui le soluzioni tecniche prospettate dal progettista vengono sottoposte all'esame dell'organo consiliare, cui spetta decidere con piena libertà di giudizio sulla rispondenza di dette so-

luzioni alle esigenze della popolazione locale. Va esclusa l'operatività di tale obbligo di astensione con riferimento alle deliberazioni di approvazione dei criteri tecnico urbanistici, dei principi informativi delle scelte urbanistiche compiute e degli obiettivi generali della disciplina adottata.

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 3.12. 2009, n. 3000

Edificazione - strumento attuativo di dettaglio - necessità - piano quadro - riconducibilità allo strumento attuativo - esclusione.

Il piano quadro non è riconducibile ad uno strumento attuativo elemento necessario affinché possa essere consentita legittimamente l'edificazione su di una determinata area.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 1.12.2009, n. 2389

Pianificazione - intervento modificativo regionale - ripetizione della procedura.

Un intervento modificativo della regione avente un impatto tale, sulle previsioni del Piano, da non potersi qualificare come una modifica "di dettaglio", generalmente ammissibile senza particolari formalità, e che incide su una precedente proposta provinciale, richiede la ripetizione della procedura che ha condotto alla proposta arrivata alla Giunta regionale, affinché sulla modifica regionale possono pronunciarsi in primo luogo i comuni e, quindi, anche tutti gli organi tecnici deputati ad esprimere il proprio parere (TAR Lombardia, Br.,4.5.2009, n. 893).

TAR Emilia Romagna, Pa,Sez. I, 26.11.2009, n. 792

Concessioni edilizie in deroga – interpretazione restrittiva – regione Emilia Romagna - disciplina regionale ex art. 15 l. reg. n. 31/2002.

Le norme in materia di concessioni edilizie in deroga devono essere interpretate restrittivamente, e cioè nel senso che le deroghe al piano regolatore comunale non possono travolgere le esigenze di ordine urbanistico a suo tempo recepite nel piano; non possono inoltre costituire oggetto di deroga le destinazioni di zona che attengono all'impostazione stessa del piano regolatore generale e ne costituiscono le norme direttrici - onde rientrano tra le prescrizioni derogabili solo le norme di dettaglio che non involgono i criteri di impostazione e le linee direttrici dello strumento urbanistico Analogamente, la disciplina regionale di cui all'art. 15

della l. reg. Emilia Romagna n. 31 del 2002 consente la deroga unicamente nel novero delle diversificate destinazioni d'uso ammesse dal piano regolatore all'interno delle singole destinazioni urbanistiche previste dalla legge, così osservandosi il corretto rapporto tra destinazioni d'uso dei singoli beni e destinazioni di zona

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 24.11.2009, n. 2250

Convenzione di lottizzazione – ultimazione – oltre il termine decennale – rivisitazione degli obblighi della parte lottizzante – nuovi oneri nell'interesse pubblico – definizione consensuale.

Nella nuova convenzione di lottizzazione può legittimamente trovare spazio anche la rivisitazione degli obblighi della parte lottizzante. L'equilibrio economico originario rimane infatti cristallizzato solo per la durata decennale del piano di lottizzazione e costituisce un parametro da utilizzare nel caso in cui siano state realizzate le opere di urbanizzazione senza la contropartita dell'edificazione. Al contrario quando la lottizzazione sia ultimata (in misura rilevante) dopo la scadenza del termine decennale, è necessario un aggiornamento che tenga conto degli effetti prodotti dal decorso del tempo. Tra questi rientrano da un lato l'incremento dei costi che l'amministrazione sostiene per erogare i propri servizi agli abitanti insediati e dall'altro il maggior valore di mercato degli immobili di nuova costruzione. In generale deve essere esaminata l'utilità che la parte lottizzante riceve dal completamento (totale o parziale) dell'edificazione. Su questa base possono essere individuati nuovi oneri o impegni nell'interesse pubblico, che devono poi in concreto essere definiti consensualmente.

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 19.11.2009, n. 2781

Piano di lottizzazione – esclusione di aree ricomprese nell'area interessata – illegittimità

Lo strumento urbanistico di dettaglio, compresa la lottizzazione convenzionata, non può legittimamente escludere dal proprio ambito aree in esso ricomprese, non potendosi ritenere corretto, in termini di adeguatezza della pianificazione urbanistica, che non s'addivenga ad una sistemazione tendenzialmente completa della zona oggetto d'intervento. Diversamente argomentando, non si perverrebbe all'obiettivo della pianificazione urbanistica, specie di detta-

glio, che tende a conseguire la complessiva e coordinata sistemazione del territorio secondo scelte ed indirizzi formati in sede politico-amministrativa

TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 17.11.2009, n. 1798

Adeguamento oneri di urbanizzazione – principio di irretroattività.

L'obbligo di adeguamento annuale degli oneri di urbanizzazione, previsto nell'art. 34, l. r. n. 37/1985, non comporta che i comuni possono ritenersi autorizzati ad applicare gli stessi retroattivamente alle concessioni edilizie già rilasciate ed assoggettate agli oneri a quel tempo vigenti, fatti salvi i casi di espresse riserve al riguardo. Da ciò deriva che il principio di irretroattività delle delibere di adeguamento degli oneri di urbanizzazione, già presente nell'art. 34 della l. reg. n. 37/1985, è stato ulteriormente confermato e rafforzato con l'art. 14 della l. reg. n. 19/1994, con la conseguenza che le delibere comunali che dispongono l'adeguamento degli oneri di urbanizzazione a far data dal primo gennaio dell'anno successivo alla loro emanazione, possono trovare applicazione esclusivamente per le concessioni rilasciate a far tempo dal primo gennaio dell'anno cui si riferiscono, e non anche per quelle rilasciate in epoca anteriore

TAR Lazio, Sez. I quater, 9.10.2009, n. 9860

Lottizzazione abusiva – configurazione.

La fattispecie della "lottizzazione abusiva" si configura con il mero mutamento della destinazione d'uso d'immobili oggetto di titolo edilizio, in quanto tale circostanza può rendere la destinazione urbanistica della zona non più corrispondente a quella prevista dallo strumento urbanistico generale.

- ESPROPRIAZIONI -

della Dott.ssa Michela Urbani

Corte di Cassazione, Sez. Un., 25.11.2009, n. 24761

Indennità – suoli agricoli – piantagioni – limiti. Indennità – cessione volontaria – maggiorazione – operatività. Indennità – cessione volontaria - diritto all'acconto – decorrenza.

Il criterio del valore tabellare adottato dall'art. 16 l. 22.10.1971 n. 865 per la determinazione indennitaria dei suoli agricoli espropriati evidenzia una scelta di correlare la stima al tipo

di piantagioni effettivamente praticate sui suoli stessi e quindi in termini incompatibili con il criterio del compenso aggiuntivo per il soprasuolo arboreo già previsto dall'art. 43 l. 25.6.1865 n. 2359 al fine di separatamente indennizzare l'espropriato della relativa perdita. Né dissimile scelta risulta operata alla stregua dei vigenti artt. 40 e 41 d.P.R. 8.6.2001 n. 327. Peraltro neanche si scorgono profili di irragionevolezza nella esclusione de qua con riguardo al criterio della serietà ed effettività del ristoro assicurato al proprietario dei suoli espropriati, posto che la competenza tecnica delle Commissioni provinciali, il rigore del ragguglio al tipo di coltura effettivamente praticata sul fondo, e la possibilità di effettuare un sindacato diretto (innanzi al G.A.) o incidentale (innanzi al G.O.) delle determinazioni classificatorie delle Commissioni stesse, sono elementi convergenti verso la serietà ed effettività del ristoro in tal contesto conseguibile.

La maggiorazione del 50% dell'indennità provvisoria prevista dall'art. 12, co. 1, l. 22.10.1971 n. 865 in ipotesi di cessione volontaria rappresenta il tetto massimo ottenibile dal privato espropriando; né il richiamo contenuto nell'art. 1, co. 3, l. 29.7.1980 n. 385 alla maggiorazione del 50% ha costituito una sostituzione della previsione di tetto con una previsione di percentuale fissa, essendo evidente che quel richiamo aveva il solo intento di rendere operativa quella maggiorazione, per come regolata e preesistente, sia sull'acconto sia sul conguaglio della indennità concordata. Tale conclusione è del resto avvalorata dalla nuova previsione dell'art. 45, co. 2, lett. c, d.P.R. 8.6.2001 n. 327, la quale ultima appare insuperabilmente eloquente della scelta di un aumento in percentuale fissa, rendendo palese la sua portata innovativa.

L'art. 23 L. 3.1.1978, n. 1, art. 23, modificato dalla l. 29.7.1980, n. 385, art. 7, ed infine sostituito dal d.l. 23.1.1982, n. 9, (secondo cui "un acconto pari all'80 per cento delle indennità di espropriazione e di occupazione d'urgenza, previste dalla normativa in vigore, anche se determinate a titolo provvisorio deve essere corrisposto, entro 60 giorni dalla immissione nel possesso del suolo oggetto del procedimento espropriativo, in attesa del provvedimento autorizzativo al pagamento diretto o della stipulazione degli atti di cessione volontaria, dagli enti, aziende e amministrazioni, in favore degli aventi diritto che dichiarino, nei modi o nelle

forme di cui alla L. 4.1.1968, n. 15, art. 4, che l'immobile, oggetto del procedimento espropriativo, è nella loro piena e libera proprietà") configura in capo al privato un diritto alla percezione dell'acconto, il quale insorge all'esito della piena e formale accettazione delle indennità-prezzo della cessione, solo da tal data quindi potendo decorrere i relativi interessi legali.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 11.11.2009, n. 23823

Retrocessione parziale – retrocessione totale – definizione – differenze.

Retrocessione parziale – fattispecie.

Retrocessione parziale – inservibilità – potere valutativo – spettanza.

Retrocessione parziale – beni inutilizzati – uso diverso – restituzione – diritto – non sussiste.

La retrocessione parziale si distingue dalla retrocessione totale, non solo perché nella prima l'opera pubblica programmata in base alla dichiarazione di pubblica utilità ha trovato esecuzione mediante l'impiego di beni espropriati per quello scopo, sebbene parte o taluni di essi non siano stati materialmente impegnati, ma anche perché, rispetto ai beni non ancora utilizzati e che l'espropriato avrebbe interesse a riacquistare, tuttora può esercitarsi una valutazione discrezionale circa la convenienza di utilizzarli in funzione dell'opera realizzata; sicché tali beni possono essere restituiti solo se la P.A. abbia dichiarato che essi non servono più alla realizzazione dell'opera nel suo complesso, come si evince dall'art. 61 l. 25.6.1865 n. 2359, il quale dispone che l'espropriante debba pubblicare un avviso indicandovi i beni che, non dovendo più servire all'esecuzione dell'opera, sono in condizione di essere rivenduti; e che se l'avviso non è pubblicato, chi ha interesse alla retrocessione può chiedere all'autorità di dichiarare con decreto quali beni non servono più all'opera pubblica.

Allorché l'espropriazione di uno o più beni rientra nell'ambito di una più vasta dichiarazione di pubblica utilità (ad es. PEEP), l'effettiva esecuzione dell'opera pubblica o di interesse pubblico deve essere riferita all'intero complesso dei beni da quest'ultima interessati e non a singoli beni eventualmente rimasti inutilizzati allo scadere dell'efficacia di tale dichiarazione. Ne deriva che anche nel caso di espropriazione di più immobili appartenenti a diversi proprie-

tari o di più porzioni di immobili appartenenti al medesimo titolare, e pur se l'opera programmata non abbia poi in concreto interessato qualcuno di tali fondi o porzioni, ma sia stata comunque eseguita sia pur in termini ridotti, resta ferma l'applicazione delle regole di cui alla retrocessione parziale.

In ipotesi di retrocessione parziale l'Autorità giudiziaria non può accertare l'inservibilità dei beni non impiegati, stante la natura discrezionale della valutazione della PA in ordine all'esistenza o meno di un rapporto di utilità tra i fondi relitti e l'opera compiuta; ma può riconoscere valore equipollente alla dichiarazione formale d'inservibilità, ad un comportamento dell'amministrazione dal quale possa desumersi la scelta di ritenerli definitivamente non più necessari alla realizzazione dell'opera per la quale essi furono espropriati.

Il diritto alla retrocessione del fondo espropriato, il quale sorge allorché questo non venga utilizzato per gli scopi di pubblica utilità ai quali l'opera era destinata, non sussiste qualora detti scopi siano stati comunque raggiunti attraverso l'utilizzazione del fondo in base a diverse modalità imposte anche da evoluzioni normative nel frattempo intervenute e, quindi, il provvedimento di espropriazione abbia comunque avuto esecuzione, essendo stata conseguita la pubblica utilità che ne costituisce la ragione.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 28.10.2009, n. 22756

Cessione volontaria – prezzo – criteri di determinazione – pronuncia di incostituzionalità – effetti.

Indennità – criteri di determinazione – pronuncia di incostituzionalità – effetti.

Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, ove la cessione volontaria del bene contenga la determinazione del prezzo sulla base del criterio dell'"acconto salvo conguaglio", secondo i parametri indennitari provvisori di cui alla L. 29.7.1980, n. 385, già dichiarati costituzionalmente illegittimi (C. cost. n. 223 del 1983) al momento della stipulazione della cessione, la pattuizione invalida sul prezzo viene automaticamente sostituita, a norma dell'art. 1419 c.c., co. 2, con il precetto ricavabile dal criterio legale, ossia con il criterio del valore di mercato, di cui alla L. 25.6.1865, n. 2359, art. 39".

È indirizzato consolidato che nella determinazione dell'indennità di espropriazione, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituziona-

le del d.l.11.7.1992, n.333, art. 5 bis, co. 1 e 2 convertito, con modificazioni, dalla l. 8.8.1992, n. 359, i criteri previsti dalla l. 24.12.2007, n. 244, art. 2, co. 89, in quanto introdotti come modifica del d.P.R. 8.6.2001, n. 327, art. 37, co. 1 e 2, si applicano soltanto nelle procedure espropriative soggette al predetto T.U. - cioè quelle in cui la dichiarazione di pubblica utilità è intervenuta dopo la sua entrata in vigore (30.6.2003), secondo le previsioni dell'art. 57, mentre, nelle procedure soggette al regime pregresso, rivive la l. 25.6.1865, n. 2359, art. 39 e va, quindi, fatto riferimento al valore di mercato"

Corte di Cassazione, Sez. I, 8.10.2009, n. 21395

Indennità – determinazione – vocazione edificatoria – vincolo espropriativo – irrilevanza.

Indennità – determinazione – vocazione edificatoria – definizione.

Secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, con l'art. 5 bis, co. 3, l. 8.8.1992 n. 359, il legislatore, al fine di non penalizzare oltre misura i proprietari e privarli dei vantaggi derivanti da una disciplina urbanistica più attuale e contestuale al procedimento ablativo, ha inteso non già spostare il dato temporale da tener presente per la determinazione del valore del bene espropriato, ma solo riaffermare il principio della irrilevanza del vincolo espropriativo ai fini del relativo accertamento, e recepire la regola del tutto consolidata che postula la ricognizione delle possibilità suddette al momento del verificarsi della vicenda ablatoria; che è quello di adozione del decreto ablativo.

Il requisito dell'edificabilità legale richiesto al fine della determinazione dell'indennità di espropriazione ricorre quando, e per il solo fatto che l'area risulti classificata come edificatoria in ragione della sua allocazione zonale e della destinazione (generale) correlativa, al momento della vicenda ablativa, dagli strumenti urbanistici. Ove, infatti, il piano regolatore comunale o altri strumenti equivalenti, prevedano l'edificabilità della zona in cui è ubicato l'immobile, dichiarandola espressamente, regolandone la densità edilizia, consentendo la presentazione di piani di lottizzazione o altro ancora, siffatta destinazione legale è sufficiente ad imprimere allo stesso detta qualità; la quale non richiede, perché rilevi giuridicamente, di essere, volta a volta, confermata da ulteriori indagini sulle sue

caratteristiche materiali, essendo state queste già preventivamente apprezzate in un certo modo nella fase di elaborazione dello strumento urbanistico e tradotte nelle conseguenti prescrizioni che le rispecchiano.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.12.2009, n. 7744

Occupazione illegittima – prescrizione – termine – decorrenza.

Occupazione illegittima – illecito – concorso – fattispecie.

Retrocessione parziale – nozione – effetti.

Acquisizione sanante – tutela restitutoria – tutela risarcitoria – rapporti.

Secondo la consolidata opinione della Corte di Cassazione, il termine prescrizione dell'azione risarcitoria in caso di occupazione illegittima, trattandosi di fatto illecito riconducibile nello schema dell' art. 2043 cod. civ., è quello quinquennale stabilito dall'art. 2947, co. 1 c.c.. Detto termine decorre con la trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad opera pubblica o ad uso pubblico, determinando questa l'acquisizione della proprietà alla mano pubblica. A sua volta l'irreversibile trasformazione si verifica dal momento in cui l'opera venga a delinearsi nei suoi connotati definitivi e nella sue previste caratteristiche, evidenziando la non ripristinabilità dello status quo ante. Con specifico riferimento alla realizzazione di strade, l'irreversibile trasformazione dell'immobile si dà non appena di essa si sostanzia l'astratta idoneità ad essere percorsa come tale, per avere ormai assunto i connotati minimi propri, nonostante la mancanza di opere accessorie che ne rendano l'uso più agevole e sicuro e ne consentano, in concreto, l'effettiva apertura al traffico.

In ipotesi di complesse vicende che hanno visto le amministrazioni in senso stretto concorrere a vario titolo nel procedimento espropriativo, e nell'attuazione degli interventi cui esso era preordinato, ove la PA sia rimasta sostanzialmente inerte, senza esercitare adeguati controlli sull'attività del delegato o del concessionario, siffatto comportamento omissivo è sufficiente ad integrare una corresponsabilità della PA.

In tema di espropriazione per pubblica utilità si versa nell'ipotesi di retrocessione parziale quando uno o più fondi espropriati non hanno ricevuto la prevista destinazione. Detti fondi possono essere " restituiti " solo se la PA abbia formalmente manifestato la volontà di non utilizzarli per gli scopi cui l'espropriazione era

finalizzata, non essendo peraltro necessario che il relativo atto contenga un'espressa qualificazione di inservibilità o un riferimento all'art. 61 l. l. 25.6.1865 n. 2359.

L'ammissibilità del provvedimento di acquisizione della proprietà privata, previsto dall'art. 43 d.P.R. 8.6.2001 n. 327, impone, oltre alla ovvia valutazione degli interessi in gioco, che la restituzione del bene al proprietario deve essere considerata la normale conclusione di una vicenda in cui sia accertato il vizio dell'esercizio del potere espropriativo, cui può sostituirsi eccezionalmente la tutela risarcitoria solo qualora la "restituzione" (o retrocessione che dir si voglia) non possa avvenire.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.11.2009, n. 7446

Acquisizione sanante – provvedimento - natura.

Il provvedimento di acquisizione disciplinato dall'art. 43 d.P.R. 8.6.2001, n. 327 ha un'effettiva valenza espropriativa. Infatti l'effetto principale del provvedimento è l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'ente del bene su cui interviene l'atto di acquisizione, ovvero l'acquisizione del diritto di servitù al patrimonio di soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono, anche in base alla legge, servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua, energia. Peraltro il provvedimento di acquisizione assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità che il decreto di esproprio e quindi sintetizza uno actu lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza dei presupposti di legge che devono essere valutati in maniera estremamente analitica dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere discrezionale.

Consiglio di Stato, Sez. III, 12.11.2009, n. 6602

Infrastrutture strategiche e di interesse nazionale – conferenza di servizi – convocazione – pubblicità.

Occupazione d'urgenza – fattispecie.

Occupazione d'urgenza – termini.

Poteri espropriativi – delega – requisiti di contenuto-forma.

L'art. 9 d.P.R. 21.12.1999, n. 554 (il quale dispone che "della convocazione della conferenza dei servizi è data pubblicità, almeno dieci giorni prima della data di svolgimento della stessa, mediante comunicazione, con contestuale allegazione del progetto, da effettuarsi all'Albo

pretorio del comune ovvero, nel caso di amministrazioni aggiudicatrici diverse dal comune, utilizzando forme equivalenti di pubblicità") non si applica in relazione alle attività di progettazione ed approvazione delle infrastrutture ex art. 2 bis, d. lgs. 20.8.2002, n. 190.

La fattispecie di cui all'art. 22 bis, co. 2, d.P.R. 8.6.2001 n. 327 (relativa al caso in cui il numero dei destinatari della procedura espropriativa sia superiore a 50) integra un'ipotesi di valutazione ex lege di urgenza, senza che occorra alcuna specifica motivazione al riguardo. Infatti, se in via generale si può convenire che l'urgenza deve costituire una caratteristica intrinseca dell'opera da realizzare, è altresì vero che il legislatore può scegliere i casi in cui attribuire un'urgenza per legge. Né la previsione appare irragionevole, dacché l'espletamento del procedimento di determinazione dell'indennità di espropriazione in relazione ad un così elevato numero di proprietari espropriandi ritarderebbe eccessivamente l'effettiva esecuzione delle opere.

La discordanza fra un (maggiore) termine di durata dell'occupazione d'urgenza ed un (minore) termine per l'esecuzione dell'opera non influisce sulla legittimità degli atti, ma produce soltanto la conseguenza di far sì che la durata dell'occupazione debba ritenersi ridotta nei limiti in cui risulti compatibile con il più breve termine posto in sede di dichiarazione di pubblica utilità.

La delega dell'esercizio di poteri espropriativi di cui all'art. 6 d.P.R. 8.6.2001 n. 327 deve essere specifica, ossia deve identificare con sufficiente precisione l'ambito delle potestà assegnate al privato (concessionario).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.10.2009, n. 6038

Vincoli – reiterazione – risarcimento – danno conseguenza – onere probatorio.

Il risarcimento del danno per lesione dell'interesse pretensivo ascrivibile all'illegittima reiterazione di vincoli espropriativi, non può ridursi alla mera deduzione della pregressa impossibilità di utilizzare un terreno a fini edificatori per un determinato lasso temporale, ma deve pog-

giare sulla prova, seppur di tipo logico, della natura vincolata o sostanzialmente vincolata dell'attività amministrativa successiva alla rimozione dei vincoli espropriativi illegittimi.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 29.10.2009, n. 1012

Indennità – determinazione – vocazione edificatoria – vincolo espropriativo – irrilevanza.

L'insistenza su un fondo di vincolo particolare preordinato all'esproprio (e segnatamente di vincolo alla realizzazione di un parco pubblico urbano) non rende illegittima l'affermazione di una vocazione del fondo lato sensu edificatoria.

TAR Lazio, Sez. II bis, 2.10.2009, n. 9557

Occupazione acquisitiva – possesso ad usucapionem – dies a quo.

L'istituto dell'occupazione acquisitiva deve ormai considerarsi non più applicabile nel nostro ordinamento, occorrendo quindi far riferimento, anche per le fattispecie anteriori all'entrata in vigore del testo unico sugli espropri e all'affermarsi dei nuovi orientamenti giurisprudenziali, all'istituto dell'acquisizione sanante di cui all'art. 43 del medesimo testo unico.

Né può correttamente predicarsi, con riferimento al detto periodo, la configurabilità in capo all'ente pubblico di un possesso ad usucapionem, giusta l'operatività dell'art. 2935 c.c.. Invero, prima della svolta giurisprudenziale della CEDU, a fronte del perfezionamento della fattispecie di occupazione appropriativa, era pacifico che i proprietari non avessero alcun diritto alla restituzione in natura del bene. Soltanto dunque con il recepimento nel TU espr. della citata svolta giurisprudenziale può correttamente ritenersi esercitabile il diritto alla restituzione del bene, con la conseguenza che il "dies a quo" della prescrizione va individuato nella data di entrata in vigore di tale ultimo d.P.R., da intendersi come la data nella quale è stato introdotto l'istituto dell'acquisizione sanante ed è stato superato l'istituto dell'occupazione appropriativa.

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.12.2009 n. 7566

Nuova costruzione – fattispecie.

L'installazione di torri e tralicci per impianti radio ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione rientra tra gli interventi di nuova costruzione, giusta l'espressa previsione dell'art. 3, co. 1, d.P.R. 6.6.2001, n. 378.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.11.2009 n. 7433

D.I.A. – legittimazione – assenza – conseguenze.

La mancanza nel richiedente della titolarità di un diritto reale che giustifichi l'istanza diretta ad ottenere un titolo abilitativo alla edificazione non integra la nullità del titolo, riconducibile solo a vizi riferibili alla carenza di elementi essenziali del provvedimento, ma semplicemente la sua annullabilità per la carenza o irregolarità di un presupposto necessario per il suo perfezionamento (fattispecie relativa a DIA presentata dal promittente acquirente).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26.11.2009, n. 7432

Opere urbanizzazione privata – istanza – obbligo di provvedere – sussiste.

È illegittimo il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di adozione dei provvedimenti necessari alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria (nella specie, rete idrica) funzionali all'edificio per civile abitazione di proprietà degli istanti, edificato in forza di regolare concessione edilizia.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.11.2009, n. 6940

PdC – Illegittimità – Carenze opere urbanizzazione.

Il permesso di costruire non può essere concesso in carenza delle opere di urbanizzazione; esso può quindi essere rilasciata o per interventi che si collochino nell'ambito di piani di edificazione come i programmi di attuazione (che prevedono le opere di urbanizzazione necessarie) o, in mancanza, su aree per le quali esista l'impegno a realizzare le opere in argomento.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la

Regione Sicilia, 15.10.2009, n. 923

Opere precarie – nozione.

In tema di strutture precarie o di facile amovibilità, non è necessaria alcuna concessione edilizia soltanto allorché l'opera non costituisca trasformazione urbanistica del territorio e sia costituita da intelaiature non infisse né al pavimento né alla parete dell'immobile cui può (e deve) essere semplicemente addossata, né deve essere chiusa in alcun lato. Occorre, inoltre, avere riguardo alla destinazione d'uso dell'opera; sicché una struttura destinata a dare una utilità prolungata nel tempo non può considerarsi precaria e, quindi, come tale realizzabile senza autorizzazione.

TAR Campania, Na, Sez. VI, 22.12.2009, n. 9335

Lavori edilizi - su manufatti abusivi - assoggettabilità a D.I.A. - esclusione.

I lavori edilizi relativi a manufatti abusivi non sanati né condonati non sono assoggettabili al regime della DIA poiché gli interventi ulteriori (sia pure riconducibili alle categorie della manutenzione straordinaria, del restauro e/o risanamento conservativo, della ristrutturazione, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche) ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente (si v. anche Cassazione penale, III, 24.10.2008, n. 45070)

TAR Veneto, Sez. II, 18.12.2009, n. 3638

Nozione di pertinenza.

Il concetto di pertinenza, previsto dal diritto civile, va distinto dal più ristretto concetto di pertinenza inteso in senso edilizio e urbanistico, che non trova applicazione in relazione a quelle costruzioni che, pur potendo essere qualificate come beni pertinenziali secondo la normativa privatistica, assumono tuttavia una funzione autonoma rispetto ad altra costruzione, con conseguente loro assoggettamento al regime concessorio, come nel caso di un intervento edilizio che non sia coesenziale al bene principale e che possa essere utilizzato in modo au-

tonomo e separato.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 10.12.2009, n. 8606

PdC – opere di pavimentazione – art. 6, co. 1, lett. e), d.P.R. n. 380/2001 - necessità – modesta entità – non sussiste.

Non è necessario il permesso di costruire per la realizzazione di modeste opere di pavimentazione, laddove non siano state realizzate opere murarie o eliminato verde preesistente, ovvero urbanizzato il terreno (TAR. TAA, Bz, 26.8.2009, n. 299); occorre invece il permesso di costruire, dall'art. 6, co.1, lett.e), del d.P.R. n. 380/2001, quando le opere di pavimentazione, in ragione delle dimensioni delle stesse e dei materiali utilizzati determinino una significativa trasformazione dello stato dei luoghi (TAR. Campania, Na, VII, 21.4.2009, n. 2084; TAR. Piemonte, I, 2.2.2005, n.208; TAR Lombardia Milano, II, 20.11.2002, n. 4514).

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 2.12.2009, n. 5268

Ristrutturazione edilizia – demolizione e ricostruzione – nozione.

In caso di ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione, lo spostamento di volumetria non può ritenersi ammissibile laddove vada ad incidere sul requisito della identità di sagoma, superfici e volumi richiesto dall'art. 3, d.P.R. 6.6.2001 n. 380, pena lo sconfinamento nella differente ipotesi della nuova costruzione. Ciò che contraddistingue la ristrutturazione dalla nuova edificazione è, dunque, la già avvenuta trasformazione del territorio, attraverso una edificazione di cui si conservi la struttura fisica (sia pure con la sovrapposizione di un «insieme sistematico di opere, che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente»), ovvero la cui stessa struttura fisica venga del tutto sostituita, ma - in quest'ultimo caso - con ricostruzione, se non « fedele » (termine espunto dall'attuale disciplina), comunque rispettosa della volumetria e della sagoma della costruzione preesistente.¹

¹ La sentenza aggiunge: *Il concetto di ristrutturazione edilizia, quale enunciato dall'art. 31, lett. d, l. 5.8.1978, n. 431, ha subito nel tempo diversificate interpretazioni e diffuse incertezze soprattutto riguardo alla ristrutturazione per demolizione e ricostruzione, nella ricerca degli elementi che distinguessero la fattispecie dalla ristrutturazione. Ad un primo orientamento che escludeva la demolizione e ricostruzione dalla*

TAR Emilia Romagna, Pa, Sez. I, 26.11.2009 n. 792

Concessione in deroga – limiti.

Le norme in materia di concessioni edilizie in deroga devono essere interpretate restrittivamente. In particolare le deroghe al piano regolatore comunale non possono travolgere le esigenze di ordine urbanistico a suo tempo recepite nel piano, non potendo costituire oggetto di deroga le destinazioni di zona che attengono all'impostazione stessa del piano regolatore generale e ne costituiscono le norme direttrici. Ne discende che rientrano tra le prescrizioni derogabili solo le norme di dettaglio che non involgono i criteri di impostazione e le linee direttrici dello strumento urbanistico

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 23.11.2009, n. 2898

Ristrutturazione edilizia - art. 3, co. 1, lett. d) d.P.R. n. 380/2001 - totale demolizione e ricostruzione - limiti.

Nella nozione di ristrutturazione edilizia, ai sensi dell'art. 31 co. 1 lett. d) l. n. 457/78, vanno ricomprese anche le ipotesi di totale demolizione e ricostruzione del fabbricato, a condizione che la ricostruzione porti alla realizzazione di un edificio sostanzialmente identico a quello preesistente, per sagoma, volume, superficie e caratteristiche tipologiche, potendosi giustificare la parziale diversità solo con riferimento ad elementi costitutivi secondari e tali comunque in concreto da non comportare una significativa alterazione strutturale o estetica. Anche ai sensi della nuova normativa di cui al d.P.R. n. 380/01 (art. 3 co. 1 lett. d), rientrano

fattispecie di ristrutturazione, è seguito l'orientamento trasfuso nel Testo Unico dell'edilizia che ha compreso la fattispecie nella categoria della "ristrutturazione" purché "fedele" in quanto modalità estrema di conservazione dell'edificio preesistente nella sua consistenza strutturale, essendosi ritenuto che "la ricostruzione di un preesistente fabbricato senza variazione o alterazione della superficie, volumetria e destinazione d'uso, non incide sul carico urbanistico già esistente e non è pertanto assoggettato ad oneri né al rispetto degli indici sopravvenuti" Esigenze di interpretazione logico-sistematica della nuova normativa inducono tuttavia la giurisprudenza a ritenere che la ristrutturazione edilizia, per essere tale e non finire per coincidere con la nuova costruzione, debba conservare le caratteristiche fondamentali dell'edificio preesistente e la successiva ricostruzione dell'edificio debba riprodurre le precedenti linee fondamentali quanto a sagoma, superfici e volumi.

nell'ambito della ristrutturazione edilizia gli interventi volti alla trasformazione dell'edificio che portino alla realizzazione di un edificio anche in tutto o in parte diverso dal precedente, attraverso la demolizione e ricostruzione, nel rispetto dei limiti di volumetria e di sagoma, oltre che ovviamente delle caratteristiche strutturali e tipologiche fondamentali e necessarie ad assicurare una continuità con la situazione preesistente. Tutte le volte in cui tali limiti non vengano rispettati, l'intervento non può che ricondursi nell'ambito della previsione di cui alla successiva lett. e) della norma citata (nuova costruzione).

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 6.10.2009 n. 4764
PdC – manufatti interrati – necessità.

Facendo propria una soluzione di derivazione pretoria, l'art. 3 d.P.R. 6.6.2001 n. 380 ricomprende tra le nuove costruzioni anche i manufatti edilizi interrati, con la conseguenza che i lavori di costruzione edilizia subordinati a concessione non sono solo quelli per i quali il manufatto si eleva al di sopra del suolo ma anche quelli in tutto o in parte interrati, trasformando questi durevolmente l'area impegnata.

ABUSI EDILIZI

Corte Costituzionale, 6.11.2009, n. 290

Condono – competenza legislativa - spettanza.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 1, l. reg. Marche 27.5.2008 n. 11, di interpretazione autentica dell'art. 2 l. reg. Marche 29.10.2004 n. 23, relativo alla disciplina del condono di cui all'art. 32 d.l. 30.9.2003 n. 269, convertito con modificazioni nella l. 24.11.2003 n. 326, nella parte in cui impedisce la sanatoria delle opere abusive solo qualora sull'area insistano vincoli di inedificabilità assoluta imposti prima delle esecuzione delle opere. Infatti secondo consolidata giurisprudenza solo alla legge statale compete l'individuazione della portata massima del condono edilizio straordinario, sicché la legge regionale che abbia per effetto di ampliare i limiti applicativi della sanatoria eccede la competenza concorrente della regione in tema di governo del territorio.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.12.2009, n. 7566

Condono – vincoli – incidenza.

Condono – comunicazione avvio procedimento – obbligo – non sussiste.

Condono – commissione edilizia – parere – obbligatorietà – non sussiste.

Ai sensi dell'art. 2, co. 43, l. 23.12.1996 n. 662 e s.m.i., nel caso di abusi realizzati in zone sottoposte – tra l'altro- al vincolo di cui alla l. 1.6.1939, n. 1089, il decorso del termine di 180 gg. senza che l'amministrazione preposta alla gestione del vincolo stesso abbia espresso il proprio parere non comporta la formazione del silenzio assenso, ma legittima l'interessato all'impugnazione del silenzio rifiuto.

L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento incombente sulla Soprintendenza ai sensi dell'art. 14 d.m. 13.6.1994 n. 495 (vigente prima dell'entrata in vigore del cosiddetto "codice del paesaggio") non ricorre nelle ipotesi di procedimenti di condono. Invero, nei procedimenti, di contenuto assimilabile, relativi a pareri su istanze di rilascio di concessioni edilizie per la realizzazione di nuovi manufatti, la comunicazione dell'avvio del procedimento ha lo scopo da una parte di fornire all'amministrazione elementi circa la situazione dei luoghi interessati dal progetto ed il suo impatto sugli stessi, e dall'altra di fornire all'interessato tempi certi circa l'andamento della pratica che lo riguarda, anche allo scopo di programmare opportunamente i propri impegni. Tali esigenze non ricorrono nel caso della domanda di condono di un manufatto esistente, poiché l'impatto dell'opera non deve essere valutata a priori, sulla base di un ragionamento astratto, ma in relazione ad una situazione di fatto già nota; e, dall'altro lato, l'autore dell'abuso ha già realizzato l'opera, per cui non patisce le incertezze di chi debba ancora avviare il cantiere.

La condivisibile giurisprudenza ha escluso, per tutti i procedimenti aventi ad oggetto il rilascio di concessioni edilizie, la necessità dell'intervento della commissione edilizia quando l'istruttoria della domanda abbia dimostrato l'esistenza di evidenti motivi di rigetto. Ciò vale a fortiori nello speciale procedimento su istanza di sanatoria per abusi edilizi, nel quale nemmeno sussiste l'obbligo di acquisire il parere della suddetta commissione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.11.2009, n. 7491

Condono – domanda dolosamente infedele – nozione.

Condono – concessione – effetti.

Ricorre un'ipotesi di domanda dolosamente infedele, ostantiva alla formazione del silenzio as-

senso sulla domanda di condono ex art. 35 l. 28.2.1985 n. 47 quando siano riscontrabili rilevanti omissioni ed inesattezze preordinate a trarre in inganno il comune su elementi essenziali dell'abuso (consistenza dell'abuso, qualificazione giuridica dell'illecito, data della sua commissione, entità dell'oblazione). In particolare l'espressione letterale "rilevanza delle omissioni", recata dal primo periodo dell'art. 40, co. 1, l. cit., coniuga inscindibilmente il dato d'ordine quantitativo all'"infedeltà" ed al "dolo", che connotano la domanda per il fatto stesso dell'esistenza del primo (fattispecie relativa ad infedele rappresentazione del tempo di ultimazione del commesso abuso).

Le concessioni in sanatoria di cui all'art. 31 l. 28.2.1985 n. 47 producono l'effetto di regolarizzare la costruzione dal punto di vista urbanistico, attribuendo ad essa un regime giuridico che non si differenzia da quello proprio della normale concessione.

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 29.10.2009, n. 645

Tettoia – assenza di titolo abilitativo – conseguenza – demolizione – illegittimità – sanzione pecuniaria – legittimità.

È illegittima l'ordinanza di demolizione di una tettoia in legno realizzata senza permesso di costruire con un lato sul muro di cinta a delimitazione della proprietà e per l'altro lato sulla parete esterna del fabbricato, trattandosi di intervento riconducibile nell'alveo dell'art. 10, co. 1, d.P.R. 6.6.2001 n. 380, con la conseguenza che la sanzione applicabile è, quindi, quella pecuniaria prevista dal successivo art. 37 e non la demolizione.

TAR Lazio, Sez. I quater, 9.10.2009, n. 9860

Lottizzazione abusiva – nozione.

Sussiste lottizzazione abusiva in tutti i casi in cui si realizza un'abusiva interferenza con la programmazione del territorio, con la conseguenza che la verifica dell'attività edilizia realizzata nel suo complesso può condurre a riscontrare un illegittimo mutamento della destinazione all'uso del territorio autoritativamente impressa anche nei casi in cui le variazioni apportate incidano esclusivamente sulla destinazione d'uso dei manufatti realizzati. Del resto, la stessa formulazione dell'art. 30 d.P.R. 6.6.2001 n. 380 consente di affermare che può integrare un'ipotesi di lottizzazione abusiva qualsiasi tipo di opere in concreto idonee a stravolgere l'assetto del territorio preesistente, a realizzare un nuovo insediamento abitativo e, quindi, in ultima analisi, a determinare sia un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione (che viene posta di fronte al fatto compiuto), sia un carico urbanistico che necessita adeguamento degli standards (Fattispecie relativa al mutamento di destinazione d'uso di immobili oggetto di titolo edilizio).

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 6.10.2009 n. 4762

Condono – vincoli – incidenza.

L'art. 32 l. 28.2.1985 n. 47, il quale consente la sanatoria delle opere che risultino in contrasto con le norme del d.m. 1.4.1968, n.1404 e con gli articoli 16, 17 e 18 l. 13.6.1991, n.190, e s.m.i., sempre che le opere stesse non costituiscano minaccia alla sicurezza del traffico, si applica soltanto se il vincolo sia successivo alla esecuzione delle opere.

«.....GA.....»

- PAESAGGIO -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. VI, 7.12.2009, n. 7674
Annulamento tutorio – per difetto di motivazione – legittimità.

È legittimo il provvedimento di annullamento di autorizzazione paesaggistica rilasciata dall'ente delegato per difetto di motivazione, integrando quest'ultimo vizio di legittimità e non già di merito (fattispecie relativa ad intervento abusivo di rilevante impatto, assentito senza adeguata motivazione).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.12.2009, n. 7566
Parere negativo – motivazione – consistenza.

L'onere motivazionale è tanto più pregnante quanto meno appaiono evidenti i presupposti della scelta dell'amministrazione. Di converso, il suddetto onere è attenuato laddove i suddetti presupposti sono percepibili con immediatezza (fattispecie in cui è stato ritenuto correttamente motivato il parere negativo della Soprintendenza, sul rilievo dell'influenza negativa sulla visione di una Rocca Vescoville di tralicci porta antenne per ricetrasmisione di segnali radio televisivi e relativi manufatti per ricovero delle apparecchiature elettriche di servizio).

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 14.12.2009, n. 1187

Autorizzazione postuma – divieto – diritto intertemporale.

Illecito paesaggistico – sanzione demolitoria – sanzione pecuniaria – alternatività – sussiste.

La novellazione dell'art. 159, d. lgs. 22.1.2004 n. 42 (operata dal 24.3.2006 n. 157) –la quale ancora la durata del regime transitorio ad una data certa e dispone espressamente che anche

nel periodo transitorio si applica l'art. 146, co. 12, recante il divieto di autorizzazione postuma deve essere ritenuta di natura innovativa e non di interpretazione autentica, non avendo dunque efficacia retroattiva.

In sede di repressione degli illeciti paesaggistici sussiste alternatività tra la sanzione della demolizione dell'opera e quella del pagamento di un'indennità equivalente alla maggior somma tra il danno arrecato ed il profitto conseguito (art. 167, d. lgs. citato).

Detta conclusione non si pone peraltro in contraddizione con la contemporanea vigenza di un assoluto divieto di rilascio formale di autorizzazione paesaggistica in sanatoria, essendo profondamente diversi gli ambiti operativi delle due norme.

Ed invero, l'opzione della PA di optare per la sanzione pecuniaria in luogo della demolizione non è configurabile come una sorta di autorizzazione postuma implicita, presupponendo comunque l'accertamento di una violazione rispetto al valore paesaggistico, sia pure di consistenza tale da non imporre la demolizione dell'opera.

TAR Toscana, Sez. III, 16.11.2009, n. 1637

Nulla osta paesaggistico – potere di annullamento ministeriale – controllo di legittimità.

L'esercizio da parte del ministero del potere di annullamento del nulla –osta paesaggistico, rilasciato dall'Autorità locale non si concreta in un riesame complessivo delle valutazioni tecnico discrezionali compiute in sede locale, ma si sostanzia in un controllo di legittimità che si estende a tutte le ipotesi riconducibili all'eccesso di potere.

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 8.1.2010, n. 2
Energia elettrica – impianti – alimentati da fonti rinnovabili – autorizzazione unica – termine – natura.

Il termine di 180 gg. previsto dall'art. 5, ult. co., d. lgs. 29.12.2003 n. 387 per il rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, vincola anche le regioni, nell'esercizio delle proprie funzioni legislative e regolamentari. Esso è infatti riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale quale principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia.

TAR Puglia, Le, Sez. II, 30.12.2009 n. 3346

Rifiuti – tariffa – determinazione – criteri.

In ossequio ai principi fissati dal d.P.R. 27.4.1999 n. 158, la tariffa di igiene ambientale deve essere fissata dal comune in guisa da coprire tutti i costi afferenti al servizio di gestione dei rifiuti urbani. (Fattispecie in cui è stata conseguentemente affermata l'illegittimità delle deliberazioni che si limitano a contenere l'importo della tariffa nel valore del prezzo di aggiudicazione della gara).

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 29.12.2009, n. 6268

SIC – competenze.

L'art. 3, co. 4 bis, d.P.R. 8.9.1997 n. 357, attuativo della cd. direttiva habitat (dir. 92/43/CEE), riguardante la procedura di individuazione delle zone da inserire nel SIC (elenco europeo dei siti di interesse comunitario, attribuisce alle regioni ed alle province autonome di Trento e Bolzano, il potere di valutazione periodica dell'idoneità dei siti all'attuazione degli obiettivi di tutela ambientale propri della direttiva.

Di conseguenza spetta in via esclusiva alle re-

gioni l'iniziativa in ordine all'aggiornamento ed alla riparametrazione dei siti, residuando in capo al Ministero dell'ambiente un mero potere di coordinamento e di informazione.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 17.12.2009 n. 3173

Energia elettrica – impianti – alimentati da fonti rinnovabili – autorizzazione unica – termine – natura.

Il termine di 180 gg. previsto dall'art. 5, ult. co., d. lgs. 29.12.2003 n. 387 per il rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili è riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale quale principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Ne discende che la regione deve inderogabilmente uniformarsi ad esso, anche nelle ipotesi in cui il termine di conclusione del connesso (ed eventuale) procedimento di VIA risulti pari o superiore – per espressa previsione di normative per l'appunto regionali – a quello previsto dalla citata normativa statale in tema di energie rinnovabili.

TAR Marche, Sez. I, 30.11.2009, n. 1441

Rifiuti speciali – circolazione - limitazioni, prescrizioni - non generalizzate.

La normativa statale, sia il d. lgs. n. 22/1997 che il d. lgs. n. 152/2006, abilita le Regioni a prevedere limitazioni alla libera circolazione dei rifiuti speciali, a patto che questo sia giustificato dall'esigenza di contenere la movimentazione di tali rifiuti (in un'ottica di prevenzione dell'inquinamento ambientale provocato dai trasporti su gomma), nonché dalla capacità tecnico-ricettiva dei singoli impianti, fermo restando che tali prescrizioni non debbono introdurre limitazioni generalizzate.

TAR Campania, Sa, Sez. I, 26.11.2009, n. 6951

Impianti di telefonia mobile – distanze – comuni – regolamentazione -limiti statali.

Il riferimento alle distanze degli impianti di telefonia mobile da edifici adibiti alla permanen-

za di persone per un periodo superiore alle quattro ore persegue una evidente finalità di tutela della popolazione dall'esposizione ai campi elettromagnetici mediante la previsione di divieti insediativi generalizzati, e non di semplici criteri localizzativi, che sfuggono alla competenza comunale nella misura in cui invadono la sfera riservata dalla legge quadro n. 36/2001 alla competenza statale. Un'interpretazione sostanzialistica della portata dei confini delle competenze comunali, volta ad evitare tecniche di agevole elusione di dette regole, rende irrilevante la circostanza che l'adozione di misure che si sovrappongono ai limiti statali di esposizione sia avvenuta alla stregua di strumenti formalmente urbanistici, dovendosi valutare il profilo effettivo del potere speso piuttosto che la veste formale dell'atto adottato. Deve essere pertanto esclusa la possibilità per i Comuni, di disporre la regolamentazione in modo autonomo, avvalendosi, onde perseguire non consentiti fini sanitari e radioprotezionistici, della nota competenza in materia di pianificazione urbanistica e di disciplina edilizia del proprio territorio.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 24.11.2009, n. 5144

Bonifica – illegittimo - mancanza accertamento tecnico.

In mancanza di un accertamento tecnico volto ad appurare, in primo luogo, la natura inquinante del materiale e, in secondo luogo, il superamento dei valori che in ipotesi imporrebbe - ai sensi dell'art. 239, co. 2, lett. a), del d. lgs. n. 152/06 - di procedere alla caratterizzazione dell'area in funzione di eventuali interventi di bonifica e ripristino ambientale appaiono illegittimi i provvedimenti adottati dal comune che prevedono, previa delimitazione dell'area, la rimozione e lo smaltimento del materiale presso una discarica autorizzata.

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 23.11.2009, n. 1135

Giurisdizione - Tribunale superiore delle acque - atti incidenza immediata e diretta sul regime delle acque pubbliche.

La giurisdizione speciale in materia di acque pubbliche, prevista dall'art. 143, co. 1, lett. a), del t.u. n. 1175 del 1933 riguarda gli atti che, ancorché emanati da autorità non specificamente preposte alla tutela delle acque pubbliche, abbiano sul regime di queste ultime una "incidenza immediata e diretta", con esclusio-

ne dunque degli atti che non abbiano tale incidenza, sicché sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità nel caso di impugnazione:

- di una concessione edilizia di un immobile, sia pure posto in prossimità di un corso d'acqua (CdS, VI, 12.5.2008, n. 2162);

- di una sanzione amministrativa, emessa per lo svolgimento di attività nei pressi di un corso d'acqua, in assenza della prescritta autorizzazione paesaggistica (CdS, IV, 12.10.2006, n. 6070);

- di atti concernenti una gara per la scelta dell'appaltatore di lavori riguardanti corsi d'acqua (CdS V, 18.9.2006, n. 5442);

- delle norme riguardanti il rilascio di concessioni, contenute in un regolamento della pesca (CdS, VI, 20.5.2005, n. 2536).

Viceversa, sussiste la giurisdizione del Tribunale superiore delle acque quando siano impugnati atti che incidano direttamente sul regime delle acque pubbliche (Sez. Un., 12.4.2005, n. 7444; Sez. Un., 13.1.2003, n. 337).

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 20.11.2009, n.1029

Comune- potere di pianificazione urbanistica - Industrie insalubri - distanze minime.

Ai sensi del d.m. 2.4.1968, il comune in sede di pianificazione urbanistica ben può stabilire le distanze minime che i singoli insediamenti consentiti debbono rispettare rispetto agli altri fabbricati e ciò anche tenendo conto dell'aspetto sanitario, proprio perché la pianificazione deve essere riassuntiva ed applicativa di tutte le norme che disciplinano l'uso del territorio: si può, eventualmente, dubitare della loro logicità o legittimità, per violazione di altre norme prevalenti, non del potere comunale di stabilirle. Pertanto l'individuazione di una apposita area riservata agli insediamenti produttivi, notoriamente comprensiva delle industrie insalubri, deve essere effettuata anche tenendo della loro pericolosità per l'abitato circostante: di conseguenza, la fissazione di specifiche distanze minime da altri centri o nuclei abitati, di gran lunga superiori ai distacchi stabiliti dal d.m. 2.4.1968, si pone in contraddizione logica con la scelta di destinare, appunto, quella particolare zona del territorio comunale ad attività produttive. Più correttamente, se le industrie insalubri non possono essere ubicate in una determinata zona del territorio comunale, va a ciò riservata altra parte idonea dello stesso territorio, ma, se vi possono essere ubicate, non possono essere oggetto di un preventivo e genera-

lizzato trattamento peggiorativo rispetto agli altri insediamenti consentiti, per di più avulso da qualsiasi valutazione concreta sulla loro effettiva pericolosità, cioè di volta in volta desunta dalla particolare tipologia e modalità dell'attività che si intende ivi insediare, congiunta all'esame degli eventuali accorgimenti tecnici diretti a renderla compatibile con l'ambiente circostante e direttamente proponibili in progetto o imponibili dal comune stesso in sede di loro approvazione, come appunto previsto dall'art. 216 del r.d. n.1265/1934.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 19.11.2009, n. 2238

ATO - determinazioni vincolanti - comune, - divieto di intraprendere percorsi autonomi di gestione del SII.

Il d. lgs. n. 152/2006, riconosce la personalità giuridica in capo all'Autorità d'ambito, la prevedendo la partecipazione obbligatoria degli enti locali del territorio (salvo per i comuni con popolazione inferiore a 1000 abitanti facenti parte di una comunità montana) e l'espresso trasferimento all'Autorità delle competenze spettanti ai comuni in materia di programmazione delle infrastrutture e di gestione delle risorse idriche (art. 148 co. 1). Spetta invece alle regioni e alle province autonome la disciplina delle forme e dei modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, assolto l'obbligo di costituire l'Autorità "cui è demandata l'organizzazione, l'affidamento e il controllo della gestione del servizio idrico integrato" (art. 148 co. 2). Lo strumento cui avvalersi per la programmazione degli interventi anche sotto il profilo economico-finanziario e per la definizione del modello gestionale e organizzativo è il Piano d'ambito, approvato dall'Autorità ai sensi dell'art. 149 del d. lgs. In definitiva la scelta del legislatore statale e regionale è quella di superare le frammentazioni e di attribuire ad un unico ente l'esercizio delle funzioni in materia di servizio idrico integrato, secondo le regole proprie della collegialità elaborate dalla regione (art. 48 co. 3 l. reg. 26/2003 così come modificato dalla l. reg. 18/2006). Non può pertanto essere riconosciuto ad alcun comune il potere di autodeterminarsi sull'organizzazione e sulla gestione del servizio idrico integrato, in quanto ogni decisione in tal senso deve avvenire all'interno dell'Autorità d'ambito e secondo le sue regole di funzionamento: in buona sostanza le deter-

minazioni dell'Autorità assumono portata vincolante sull'intero territorio provinciale in virtù di una precisa scelta legislativa. Da quanto esposto deriva che la singola amministrazione locale non può intraprendere percorsi autonomi e scegliere modalità di gestione diverse da quelle individuate dall'Autorità.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 19.11.2009, n. 2229

Ambiente - accesso agli atti - sufficiente richiesta generica.

Ai fini dell'accesso agli atti in materia di tutela ambientale, non solo non è necessaria la puntuale indicazione degli atti richiesti, ma è sufficiente una generica richiesta di informazioni sulle condizioni di un determinato contesto per costituire in capo all'amministrazione l'obbligo di acquisire tutte le notizie relative allo stato della conservazione e della salubrità dei luoghi interessati dall'istanza, ad elaborarle e a comunicarle al richiedente

TAR Liguria, Sez. I, 19.11.2009, n. 3406

Comune - provincia - ordinanza di ripristino dei luoghi - competenza.

L'ordinanza di ripristino dei luoghi adottata dal comune ai sensi dell'art. 31 t.u. edilizia ed avente ad oggetto l'abbancamento di inerti ritenuto abusivo esorbita dall'ambito della materia di competenza. Infatti lo stoccaggio provvisorio, al pari del deposito provvisorio di rifiuti costituisce specifica fattispecie disciplinata dall'art. 6 lett. m d. lgs. n. 22/97, come riprodotto dal d. lgs. n. 152/06, assoggettata al regime d'autorizzazione o di comunicazione in procedura semplificata di competenza dell'organo provinciale (cfr., da ultimo Cass. 20.5.2008 n. 27073; sul deposito temporaneo di rifiuti, Corte di giustizia 11.12.2008, causa C-387/07).

TAR Campania, Na, Sez. VII, 17.11.2009, n. 7547

Impianti eolici - comune - blocco installazione sine die - illegittimità.

Il comune non può bloccare l'installazione degli impianti eolici sine die: un potere di sospensione sine die è in genere vietato dall'ordinamento; deve ritenersi a maggior ragione inammissibile qualora il legislatore intenda accelerare e semplificare determinate procedure (C. cost. n. 364/2006; TAR Molise, n. 20/2007).

Il legislatore ha previsto una conferenza unifi-

cata, in cui tutte le amministrazioni coinvolte debbono esprimere le proprie valutazioni, il comune non può decidere autonomamente di vietare l'istallazione degli impianti eolici. Inoltre, come si evince dall'art. 12 co. 3 d.lgs. n. 387/2003, l'ente competente a rilasciare (o a negare) l'autorizzazione è la regione, o un ente delegato dalla regione.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 26.10.2009, n. 4896

Infrastrutture idriche - concessione d'uso gratuita - procedura di tipo ablatorio - illegittimità - soggetti privati.

Ai sensi dell'art. 153, co.1, del t.u. ambientale "le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali ai sensi dell'art. 143 sono affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato". Oggetto di affidamento, normativamente previsto, sono pertanto soltanto "gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica" individuati dall'art. 143. Del resto l'art. 2, co. 1, della l. reg. n. 26 del 2003, stabilisce, in primo luogo, che "le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio dei servizi costituiscono dotazione di interesse pubblico", e inoltre che degli stessi non può essere ceduta la proprietà, se non "esclusivamente a società patrimoniali di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico incredibile". La nozione di proprietà pubblica di cui all'art. 143 citato deve essere interpretata in senso letterale, non potendosi ricomprendere nel suo significato anche quei beni appartenenti a soggetti privati, affidatari di un servizio pubblico oppure partecipati, in misura anche totalitaria, da un soggetto pubblico. Trattandosi difatti del trasferimento coattivo di un bene da un soggetto ad un altro, quindi di una procedura di tipo ablatorio, non sembra possibile procedere ad interpretazioni estensive che determinino un sacrificio - in evidente violazione del principio di legalità - del diritto di proprietà di soggetti non contemplati espressamente dalla normativa: ciò al fine di tutelare anche i terzi che intrattengono dei rapporti con il destinatario del provvedimento ablatorio e che hanno fatto affidamento su un determinato assetto di interessi.

TAR Emilia Romagna, Pa, Sez. I, 26.10.2009, n. 692

Screening, V.I.A. - differenza di indicazioni - termini - alternative.

La procedura di screening valuta se il progetto, in relazione a sue peculiari caratteristiche, possa avere un'incidenza significativa sull'ambiente. La V.I.A., invece, si ha quando il legislatore ha già stabilito a priori che l'impatto ambientale del progetto è significativo ovvero quando, a seguito dello screening, i risultati cui si è pervenuti denotano delle specifiche criticità. Le indicazioni fornite dal d.P.C.M. n. 377 del 1988 si riferiscono alla V.I.A. e non possono essere considerate valide anche per lo screening, che costituisce un procedimento molto più veloce e meno approfondito rispetto alla V.I.A. La procedura di screening è disciplinata dagli artt. 9 e 10 della l. reg. n. 9 del 18.5.1999, che prevedono che l'autorità competente, sulla base dei criteri indicati nell'allegato D, entro 60 giorni dalla pubblicazione sul bollettino ufficiale della regione dell'annuncio di avvenuto deposito, verifica se il progetto deve essere assoggettato alla ulteriore procedura di V.I.A., esprimendosi sulle osservazioni presentate in contraddittorio con il proponente. La decisione può pervenire ad uno dei seguenti esiti: a) verifica positiva ed esclusione del progetto dalla ulteriore procedura di V.I.A.; b) verifica positiva ed esclusione del progetto dalla ulteriore procedura di V.I.A. con prescrizioni per la mitigazione degli impatti e per il monitoraggio nel tempo; c) accertamento della necessità di assoggettamento del progetto alla ulteriore procedura di V.I.A. prevista dagli artt. da 11 a 18. Trascorsi i 60 giorni, in caso di silenzio se dell'autorità competente, il progetto s'intende comunque escluso dalla ulteriore procedura di V.I.A.. Se nella fase di screening che sono state effettuate valutazioni sia dal punto di vista dell'inquadramento generale che dal punto di vista programmatico il solo fatto che non siano state valutate ipotesi alternative, essendo la prescrizione prevista solo per il procedimento di V.I.A., non può essere motivo di nullità dello screening.

TAR Veneto, Sez. III, 20.10.2009, n. 2624

Scarichi industriali - limiti tabellari - rispetto - diluizione - violazione.

In materia di scarichi dei reflui industriali, ex artt. 101 e 108 del d. lgs. n.152/06 e succ. mod., il rispetto dei limiti tabellari non deve essere conseguito mediante la diluizione sia che avvenga con acque prelevate esclusivamente per

questo scopo, sia che avvenga con acque di raffreddamento e di lavaggio.

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 15.10.2009, n. 948

Impianti solari - estensione dell'impianto idrico-sanitario - non soggetti ad autorizzazione specifica.

Il disposto normativo dell'art. 123 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 secondo cui "gli interventi di utilizzo delle fonti di energia di cui all'art. 1 della l. 9.1.1991, n. 10, in edifici ed impianti industriali non sono soggetti ad autorizzazione specifica e sono assimilati a tutti gli effetti alla manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, co. 1, lett. a). L'installazione di impianti solari e di pompe di calore da parte di installatori qualificati, destinati unicamente alla produzione di acqua calda e di aria negli edifici esistenti e negli spazi liberi privati annessi, è considerata estensione dell'impianto idrico-sanitario già in opera".

Questa disposizione speciale ha carattere generale e non reca alcuna limitazione, e non può ritenersi che si riferisca esclusivamente a opere interne all'edificio (tanto più che non si vede come sia possibile sfruttare una fonte di energia alternativa quale ad es. il sole senza opere esterne). In altri termini la disposizione citata prevede una semplificazione del regime urbanistico-edilizio volta a permettere la realizzazione dell'impianto anche quando esso implichi, per esigenze tecnologiche, modifiche esterne e/o la realizzazione di necessari volumi tecnici (Cass.Pen., III, 17.11.1995, n. 3974).

TAR, Lombardia, Br, 9.10.2009, n. 1738

Bonifica siti inquinati - conferenza di servizi - M.ro ambiente - provvedimento conclusivo - competenza - dirigente.

Conferenza di servizi - provvedimento conclusivo - atto confermativo - puntuale motivazione - necessità - insussistenza.

Bonifica siti inquinati - d.m. 471/990 - tabelle - valori limite di concentrazione - elencazione - tassatività - esclusione - interpretazione analogica - ammissibilità.

Nell'ambito di una conferenza di servizi indetta dal M.ro Ambiente in relazione ad interventi di bonifica di siti inquinati, il provvedimento conclusivo è di competenza del dirigente e non del Ministro rientrando gli atti del procedimento di bonifica dei siti di interesse nazionale, compresi quelli conclusivi, nella competenza tecnico-gestionale degli organi esecutivi (dirigenti) poiché non contengono elementi di indirizzo politico-amministrativo che possono attrarre detta competenza nella sfera riservata agli organi di governo.

Il provvedimento conclusivo di una conferenza di servizi - quando non ribalti le decisioni prese in sede di conferenza - è atto meramente confermativo e consequenziale delle determinazioni assunte e, pertanto, non necessita di puntuale motivazione. Le tabelle allegate al d.m. 471/99 contenenti i valori limite di concentrazione delle sostanze nel suolo, sottosuolo ed acque sotterranee, non contenendo elencazioni tassative sono suscettibili di interpretazione analogica fondata sulla eadem ratio.

«.....GA.....»

PARERI



Questa sezione della Gazzetta Amministrativa è realizzata in collaborazione con il Servizio ANCI Risponde

1. LA POLIZZA FIDEIUSSORIA

DOMANDA

Nella eventualità di rateizzazione degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria e dei costi di costruzione, i comuni chiedono ai richiedenti il permesso di costruire, la stipula di polizze fideiussorie bancarie o assicurative, tacitamente rinnovabili alla scadenza, a copertura delle opere da realizzare o dei contributi di concessione da versare. L'art. 3 della l. n. 47/85 prevede che, in caso di ritardato o mancato versamento del contributo di concessione, si applicano sanzioni che possono arrivare anche al 100% del contributo stesso. La PA, a seguito del mancato versamento del contributo di concessione alla data di scadenza della rateizzazione concessa, non provvedeva all'incameramento delle polizze fideiussorie sottoscritte dal richiedente all'atto del rilascio della concessione edilizia. Può la PA, trascorso il limite massimo di 240 giorni previsti dal citato art. 3, provvedere alla riscossione coattiva oltre che del contributo di concessione anche delle sanzioni per il mancato o ritardato versamento del contributo di concessione? E' legittimo, da parte della PA, pretendere il pagamento anche delle sanzioni per il ritardato o mancato versamento del contributo di concessione, visto che le polizze fideiussorie bancarie o assicurative erano state richieste ed emesse anche a copertura della tassatività dei termini di pagamento? A quali conseguenze potrebbe esporsi la PA proseguendo nell'azione di riscossione coattiva anche delle sanzioni per il ritardato o mancato pagamento, considerando che il contributo di concessione era total-

mente coperto dalle polizze fideiussorie e che sicuramente non vi è colpa del richiedente la concessione edilizia se le stesse non sono state per tempo incamerate alla scadenza?

RISPOSTA

L'art. 42 del d.P.R. n. 380/2001 demanda alle regioni l'applicazione delle sanzioni per il caso del ritardato o mancato versamento del contributo di costruzione in misura non inferiore a quanto previsto dal decreto e non superiore al doppio.

Qualora alla scadenza dei termini previsti nelle varie ipotesi non siano stati effettuati i relativi versamenti del contributo, si applicano le sanzioni previste dalla norma.

La giurisprudenza ha ritenuto che se il titolare del permesso di costruire ha stipulato fideiussione a garanzia del pagamento in esame e tale garanzia viene attivata a semplice richiesta del creditore, appare illegittima e comunque non deve comportare un indebito aggravamento della posizione del debitore mediante l'applicazione delle sanzioni, la mancata richiesta del comune di adempimento dell'obbligazione (TAR Campania, Napoli, n. 4856/2008, e C.d.S. n. 1084/2008).

Pertanto l'amministrazione avrebbe dovuto, alla scadenza, procedere alla riscossione del contributo valendosi della garanzia fideiussoria, senza applicazione delle sanzioni conseguenti al ritardo. Né, in presenza di polizze siffatte, l'amministrazione è tenuta ad intimare al debitore l'adempimento riferito al versamento, essendo la stessa onerata dell'incombenza relativa alla richiesta di escussione della garanzia riferita al contributo o alla rata di esso. Non si può quindi addebitare al ri-

chiedente il permesso alcuna responsabilità per il mancato pagamento alla scadenza. In definitiva, l'amministrazione è tenuta alla riscossione del contributo di costruzione valendosi direttamente sulle polizze senza applicazione della percentuale sanzionatoria, di cui all'art. 42 del d.P.R. n. 380/2001. Se la richiesta di escussione non è stata fatta alla scadenza, la stessa va comunque inoltrata prima possibile senza, comunque, ulteriori aggravii per il debitore.

La posizione assunta dalla giurisprudenza, nei termini sopra riferiti, consente di superare le problematiche riferite.

«.....GA.....»

2. LE CONVENZIONI

DOMANDA

Questa amministrazione, negli anni scorsi ha approvato un certo numero di piani di zona ai sensi della l. n. 167/1962, e dell'art. 51 l. n. 865/1971, sottoscrivendo le relative convenzioni. Le convenzioni di cui sopra prevedevano l'assegnazione delle aree in diritto di superficie previsto dall'art. 35 della l. n. 865/1971. Nell'anno 2001, a seguito di specifica richiesta di alcuni assegnatari, il consiglio comunale ha individuato le aree che potevano essere cedute in proprietà in base all'art. 31 della l. n. 448/1998 e di conseguenza è stata approvata una nuova convenzione a modifica della precedente con la quantificazione delle somme dovute al comune a titolo di corrispettivo (per la trasformazione da diritto di superficie a diritto di proprietà). Tale nuova convenzione ha una durata di 30 anni da cui occorre dedurre gli anni già trascorsi in vigore della vecchia convenzione. Recentemente, alcuni cittadini che hanno già sottoscritto la convenzione per il passaggio in diritto di proprietà delle aree già in diritto di superficie, chiedono un'ulteriore modifica della durata di tale convenzione per un periodo inferiore al fine di poter vendere gli alloggi in libero mercato senza alcun vincolo.

In conseguenza di quanto sopra, si chiede se: alla luce dell'art. 18 del d.P.R. n. 380/2001, o di altra normativa è possibile ridurre la durata della convenzione ad un periodo uguale o

inferiore a venti anni, previo pagamento al comune di un corrispettivo per il vantaggio economico conseguito. In caso di risposta positiva qual è il criterio di calcolo del corrispettivo da liquidare al comune? Il comune può porre vincoli di reddito massimo a favore dei potenziali acquirenti ?

RISPOSTA

Il co. 46 dell'art. 31 della l. n. 448/98 prevede che *“le convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 35 della l. 22.10.1971, n. 865, e successive modificazioni, e precedentemente alla data di entrata in vigore della l. 17.2.1992, n. 179, per la cessione del diritto di proprietà, possono essere sostituite con la convenzione di cui all'art. 8, commi primo, quarto e quinto, della l. 28.1.1977, n. 10 (oggi art. 18 del d.P.R. 380/2001), alle seguenti condizioni: a) per una durata pari a quella massima prevista dalle citate disposizioni della l. n. 10 del 1977 diminuita del tempo trascorso fra la data di stipulazione della convenzione che ha accompagnato la concessione del diritto di superficie o la cessione in proprietà delle aree e quella di stipulazione della nuova convenzione; b) in cambio di un corrispettivo per ogni alloggio edificato, determinato come di seguito specificato; - che la trasformazione del diritto di superficie in diritto di piena proprietà sulle aree può avvenire a seguito di proposta da parte del comune e di accettazione da parte dei singoli proprietari degli alloggi, e loro pertinenze, per la quota millesimale corrispondente, dietro pagamento di un corrispettivo calcolato ai sensi di legge, secondo la valutazione dell'ufficio tecnico comunale in base ai costi sostenuti dall'amministrazione per la realizzazione di ogni singolo Piano di Zona e in conformità con la valutazione dell'Ufficio Tecnico Erariale”*.

Sulla base di tale normativa è da ritenersi dunque, se si tratta di convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore della l. n. 179/92, che la durata della nuova convenzione debba essere pari ad anni 30 diminuiti del numero di annualità trascorse dalla data di sottoscrizione della convenzione originaria sino a quella del nuovo atto.

Nel caso invece si tratti di convenzioni stipulate successivamente alla data di entrata in

vigore della citata l. n. 179/92, si osserva che la normativa non fornisce indicazioni in merito alla tipologia dell'atto da stipularsi per la cessione delle aree di cui trattasi.

Tuttavia si deve rilevare che l'istituto del convenzionamento di cui all'art. 35 della l. n. 865/71 per la cessione in diritto di superficie delle aree di proprietà comunale è teso ad evitare attività di tipo speculativo, soprattutto in presenza di finanziamenti pubblici concessi per favorire l'accesso alla proprietà della prima casa.

D'altronde va ricordato che la l. n. 457/1978 stabilisce che gli interventi di edilizia residenziale pubblica agevolata devono essere realizzati su aree inserite nei Piani di Zona e disciplinati con convenzione stipulata con il comune ai sensi dell'art. 35 della l. n. 865/1971 oppure su aree localizzate al di fuori dei predetti ambiti in base a convenzione stipulata ai sensi dell'art. 8 della l. 28.1.1977, n. 10, avente durata minima di 20 anni ed una massima di 30 (v. ora l'omologo art. 18, co. 1, lett. d) del d.P.R. n. 380/01).

Per tali ragioni ed in considerazione dell'esigenza di assicurare uniformità di trattamento rispetto ai casi di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà riguardanti le aree concesse.

Antecedentemente alla l. 179/92, si può ritenere che anche per tali ipotesi la durata minima delle convenzioni deve essere individuata in 20 anni meno il tempo già trascorso dalla originaria convenzione.

Pertanto, con riferimento al caso di specie, si ritiene che anche un eventuale ulteriore riduzione del termine della durata della convenzione per la trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà ai sensi della citata normativa, sia ammissibile solo nel rispetto delle stesse su indicate limitazioni temporali e delle stesse relative modalità di determinazione del corrispettivo previste dalla normativa vigente.

«.....GA.....»

3. L'IMPIANTO DI ENERGIA RINNOVABILE

DOMANDA

Il Piano strutturale e la disciplina del rego-

lamento urbanistico di questo comune prevedono nell'ambito della zona agricola la realizzazione di interventi esclusivamente connessi all'attività agricola.

Il d. lgs. n. 387/200, nell'ambito della disciplina autorizzativa di impianti energetici da fonti rinnovabili, consente la possibilità di realizzare impianti fotovoltaici nelle zone agricole "E" (art. 12 co. 7).

Si chiede, in considerazione della previsione specifica degli strumenti urbanistici comunali: a) se risulti ammissibile la realizzazione di impianti di energia rinnovabile solo se connessi ad attività di tipo agricolo così come previsto dalle disposizioni sul conto energia; b) se sia possibile la realizzazione anche di impianti di tipo "produttivo" non connessi all'attività agricola, e se, in tale caso, risulti necessario subordinare la realizzazione di tali impianti ad una modifica degli atti di pianificazione.

RISPOSTA

Il co. 7 dell'art. 12 del d. lgs. n. 387/03 ("Attuazione della dir. 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità"), pur prevedendo che "gli impianti di produzione di energia elettrica, di cui all'art. 2, co. 1, lett. b) e c), possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici", (e quindi consentendo sostanzialmente la realizzazione di impianti di energie rinnovabili anche in deroga alle previsioni urbanistiche), precisa tuttavia che "nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla l. 5.3.2001, n. 57, artt. 7 e 8, nonché del d. lgs. 18.5.2001, n. 228, art. 14". Si riconosce infatti in genere alla pianificazione comunale il potere di dettare eventuali vincoli per l'utilizzo agricolo dei terreni e così anche dovrebbe potersi ritenere legittima una previsione, quale quella contenuta nel regolamento comunale indicato nel quesito, di consentire la realizzazione di tali impianti solo se connessi ad attività di tipo agricolo, trattandosi pur sempre di previ-

sione finalizzata alla tutela del patrimonio agrario e del paesaggio rurale come riaffermati nella citata normativa statale.

Come ritenuto nella sentenza del TAR Umbria n. 518 del 15.6.2007 la possibilità di installare impianti per al produzione di fonti rinnovabili di energia "... è considerata di pubblico interesse e di pubblica utilità, e le opere relative sono dichiarate indifferibili ed urgenti (artt. 1, co. 4, della l. 1991, 12, co. 1, del d. lgs. n. 387/2003); anche in considerazione del fatto che la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra attraverso la ricerca, la promozione, lo sviluppo e la maggior utilizzazione di fonti energetiche rinnovabili e di tecnologie avanzate e compatibili con l'ambiente costituisce un impegno internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione del Protocollo di Kyoto dell'11.12.1997 (ratificata con l. 120/2002)".

Tuttavia "... detta possibilità non è senza limiti" ... ed i "... comuni possono certamente prevedere, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia di governo del territorio, aree specificamente destinate ad impianti..... (...nella specie la questione riguardava gli impianti eolici). Del resto, l'art. 12, co. 7, invocato dalla ricorrente, sottintende tale potere, laddove prevede che "Nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale...".

Pertanto si è dell'avviso, stante la vigenza della citata previsione urbanistica e regolamentare del comune, che allo stato gli impianti di energia rinnovabile realizzabili nelle zone agricole possano individuarsi unicamente in quelli che risultino connessi all'attività agricola.

«.....GA.....»

4. IL CONDONO EDILIZIO

DOMANDA

Si chiede se sia possibile il rilascio di condono edilizio ex l. n. 326/2003 nel seguente caso: modesta sopraelevazione del locale sotto-

tetto (30-40 cm.) e cambio di destinazione d'uso da locale di sgombero in residenziale (ne risultano quattro nuove unità abitative). L'illecito edilizio rientra nella tipologia di abuso n. 1 concernente "opere realizzate in assenza o in difformità dal titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche". L'edificio ricade in "area sottoposta a vincolo idrogeologico" (l. reg. Piemonte 45/89) che risulta essere l'unico vincolo della zona?

RISPOSTA

Il co. 27 dell'art. 32 del d.l. n. 269/03 convertito con la l. n. 326/03 prevede che "fermo restando quanto previsto dagli artt. 32 e 33 della l. 28.2.1985, n. 47, le opere abusive non sono comunque suscettibili di sanatoria, qualora:- (lett. d) "siano state realizzate su immobili soggetti a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali qualora istituiti prima della esecuzione di dette opere, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici".

Da tale disposizione si desume quindi che il condono su aree sottoposte a vincolo idrogeologico risulta ammissibile solo a condizione che si tratti di opere abusive anteriori alla imposizione del vincolo stesso. Inoltre deve trattarsi di opere realizzate in assenza o difformità dal titolo ma conformi alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici alla data di entrata in vigore del cit. d.l. n. 269/03. Peraltro, come rilevato anche nella circolare del ministero infrastrutture n. 2699/c del 7.12.2005, va però considerato il disposto di cui al co. 1, ultima parte dell'art. 32 della l. n. 47/85 che prevede come non necessario il parere dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo "quando si tratti di violazioni riguardanti l'altezza, i distacchi, la cubatura o la superficie coperta che non eccedano il 2 per cento delle misure prescritte".

«.....GA.....»

5. GLI INTERVENTI DI MANUTEN-

ZIONE

DOMANDA

Premesso che il d.P.R. n. 380/01 all'art. 3 definisce gli interventi edilizi, si chiede se i lavori descritti ai successivi punti 1) e 2) possono definirsi di "manutenzione ordinaria" o "manutenzione straordinaria":

1) lavori di realizzazione di un nuovo lastrico solare su quello preesistente e degradato, previa rimozione della guaina bituminosa ossidata.

2) lavori di rimozione della guaina ossidata e fessurata con sostituzione di lastricato solare fratturato.

Si precisa che tali lavori dovrebbero interessare un vano della superficie di circa mq. 15, facente parte di un fabbricato di circa mq. 200?

RISPOSTA

L'art. 3, co. 1, lett. a), del d.P.R. n. 380/01 definisce «interventi di manutenzione ordinaria» quegli «interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti».

La successiva lett. b) individua invece come «interventi di manutenzione straordinaria», «le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche delle destinazioni di uso».

Gli interventi indicati nel quesito e consistenti nella realizzazione di un nuovo lastrico solare degradato mediante la sostituzione della guaina ossidata preesistente si ritiene che possano correttamente farsi rientrare nell'ambito di quelli di manutenzione ordinaria di cui alla cit. lett. a) se essi non determinino sostanziali modifiche dell'aspetto del fabbricato corrispondendo alla mera necessità di sostituire parti del manufatto degradate con altre nuove al fine di reintegrare la funzionalità originaria del manufatto.

n giurisprudenza si è ritenuto (Cass., sez. III, 19.12.2005) che «in materia edilizia, la sostituzione del manto di copertura del tetto rientra tra gli interventi di manutenzione ordinaria a condizione che non vi sia alcuna alterazione dell'aspetto o delle caratteristiche originarie, diversamente si configura una ipotesi di manutenzione straordinaria, per la quale è richiesta la denuncia di inizio attività, se non di nuova costruzione con permesso di costruire alternativo alla D.I.A.».

In altra decisione (Cass., 28.2.1984) si è ripetuto che «rientrano tra gli interventi di manutenzione ordinaria quelli rivolti a mantenere in efficienza e integrare gli impianti tecnologici esistenti, cioè a un limitato rinnovamento degli stessi, mentre rientrano tra gli interventi di manutenzione straordinaria quelli rivolti a integrare e addirittura a realizzare ex novo i servizi cioè un insieme sistematico e organizzato di impianti; comunque, sia i primi che i secondi interventi devono riguardare opere interne a singole unità immobiliari, delle quali non devono alterare i volumi e le superfici né modificare le destinazioni di uso». E' stato comunque precisato (Cass., 3.11.1983) che «in materia edilizia, la manutenzione di qualsiasi genere, come insieme di opere e di modifiche necessarie per realizzare ed integrare servizi, ha come limite che non siano alterati i volumi e la superficie dell'unità immobiliare». Ancora si segnala la sentenza della Cass., 18.5.1983 con la quale si è affermato che «gli interventi di manutenzione ordinaria sono di modesta entità e hanno per oggetto le finiture degli edifici, mentre quelli di manutenzione straordinaria, pur avendo la medesima natura dei primi, hanno un oggetto diverso e cioè parti, porzioni, elementi anche strutturali dell'edificio; per quanto poi attiene ai servizi, rientrano tra gli interventi di manutenzione ordinaria quelli rivolti a mantenere in efficienza ed integrare gli impianti tecnologici esistenti, cioè a un limitato rinnovamento degli stessi, mentre rientrano tra gli interventi di manutenzione straordinaria quelli rivolti a integrare e addirittura a realizzare ex novo i servizi, cioè un insieme sistematico e organizzato di impianti».

«.....GA.....»

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LA CONVERSIONE IN LEGGE DEL D.L. N. 135/09 AD OPERA DELLA L. N. 166/09: LE MODIFICAZIONI AL TESTO DELL'ART. 15 DI RIFORMA DELL'ART. 23 BIS DEL D.L. N. 112/08

Con la legge 20.11.2009, n. 166 è stato convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 25.9.2009, n. 135 (cd. "salva infrazioni", in quanto recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee" e ancora in attesa di essere convertito in legge). Tali modificazioni hanno interessato anche l'art. 15 di riforma dell'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito, con modificazioni, nella l. 6.8.2008, n. 133), che disciplina l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La l. 20.11.2009, n. 166 ha convertito con modificazioni il d.l. 25.9.2009, n. 135 e, con esso, ha modificato anche l'art. 15 di riforma della disciplina dei servizi pubblici locali di cui all'art. 23 bis del d.l. n. 112/08.

Al primo comma, i "settori esclusi" dall'applicazione di tale disciplina vedono aggiungersi quello della gestione delle farmacie comunali di cui alla l. n. 475/68 a quelli, già sottratti, della distribuzione del gas naturale (d. lgs. n. 164/00 e art. 46 bis del d.l. 159/07) e dell'energia elettrica (d. lgs. n. 79/99 e l. n. 239/04) e del trasporto ferroviario regionale (d. lgs. n. 422/97).

Al secondo comma, viene precisata la condizione in base alla quale è consentito il confe-

rimento della gestione dei servizi pubblici, in via ordinaria, alle società miste di cui alla lett. b): le procedure competitive ad evidenza pubblica, attraverso le quali deve avvenire la selezione del socio privato a cui deve essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40%, devono contemplare l'attribuzione "di specifici compiti operativi – anziché "dei compiti operativi" – connessi alla gestione del servizio. Si tratta di una modificazione il cui valore va ben al di là dell'aspetto grammaticale: se nella precedente versione, infatti, al socio privato dovevano essere affidati tutti i compiti operativi della società mista, adesso, invece, è previsto che gli siano attribuiti solo "specifici compiti operativi", per cui è consentito ai soggetti pubblici, che possono partecipare alla società fino al tetto del 60%, di riservarsi un margine, anche ed ancora importante, di operatività (ad es. lasciando al socio privato la sola manutenzione delle reti).

Al co. 4 bis, l'individuazione delle "soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al co. 4" viene sottratta alla medesima Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato competente al rilascio del parere in questione, per essere rimessa ai "regolamenti [attuativi] di cui al co. 10". In proposito, si veda l'art. 4 dello schema di regolamento varato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 17.11.2009, di seguito riportato.

Al co. 8, vengono introdotte alcune precisazioni operative al "regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai coo. 2 e 3" (rispettivamente in punto di af-

fidamento “ordinario” e “in deroga”). In particolare, alla lett. a), viene prevista la possibilità per “le gestioni in essere alla data del 22.8.2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta «in house»” di proseguire anche oltre la scadenza fissata al 31.12.2011 e, quindi, di cessare “alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31.12.2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 % del capitale attraverso le modalità di cui alla lett. b) del co. 2”. Alla lett. d), invece, viene previsto uno scansionamento temporale, per cui la riduzione progressiva della partecipazione pubblica nelle società quotate in borsa – condizione per la quale “gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1.10.2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell’art. 2359 del c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio” – deve arrivare “ad una quota non superiore al 40 % entro il 30.6.2013 e non superiore al 30 % entro il 31.12.2015”.

Al co. 9, infine, l’esenzione dal divieto di “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”, viene estesa, oltre che alle “società quotate in mercati regolamentati”, anche “al socio selezionato ai sensi della lett. b) del co. 2”.

A margine della novella dell’art. 23-bis del d.l. n. 112/08, inoltre, il nuovo testo dell’art. 15 del d.l. n. 135/09 presenta un co. 1-ter, introdotto in sede di conversione e specificamente dedicato al settore del servizio idrico, che così recita: “Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all’art. 23 bis del citato d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal d. lgs. 3.4.2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibi-

lità del servizio”.

«..... GA.....»

SCHEMA DI REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE DELL’ART. 23-BIS DEL D.L. N. 112/08

Si riporta lo schema di regolamento di attuazione dell’art. 23 bis del d.l. n. 112/08 approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 17.11.2009.

Art. 1 (Ambito di applicazione)

1. Il presente regolamento, in attuazione dell’art. 23-bis del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, e successive modificazioni, di seguito denominato “art. 23-bis”, si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito denominati “servizi pubblici locali”.

2. Con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato restano ferme l’autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse, ai sensi dell’art. 15, co. 1 ter, del d.l. 25.9.2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20.11.2009, n. 166.

3. Sono esclusi dall’applicazione del presente regolamento:

- a) il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al d. lgs. 23.5.2000, n. 164;
- b) il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al d. lgs. 16.3.1999, n. 79 e alla l. 23.8.2004, n. 239;
- c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al d. lgs. 19.11.1997, n. 422;
- d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla l. 2.4.1968, n. 475;
- e) i servizi strumentali all’attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all’art. 13, co. 1, del d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.8.2006, n. 248, e successive modificazioni.

Art. 2 (Misure in tema di liberalizzazione)

1. Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, circoscrivendo l’attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente pre-

visto dalla legge, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Tale verifica è svolta periodicamente e comunque prima di procedere al conferimento della gestione dei predetti servizi.

2. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.

3. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'art. 9 della l. 10.10.1990, n. 287, e successive modificazioni.

4. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'art. 8, co. 2 *bis* e 2 *quater*, della l. 10.10.1990, n. 287, e successive modificazioni.

Art. 3 (Norme applicabili in via generale per l'affidamento)

1. Le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'art. 23 *bis*, co. 2, sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge statale e regionale, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

2. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'art. 23 *bis*, co. 2, lett. a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

3. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito:

a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi

socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'art. 10, co. 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'art. 10, co. 2.

4. Fermo restando quanto previsto al co. 3, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione

del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'art. 23 bis, co. 2;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

5. I rapporti degli enti locali con i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali e con i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali sono regolati da contratti di servizio, da allegare ai capitolati di gara, che devono prevedere i livelli dei servizi da garantire, adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli stessi, nonché penali e misure sanzionatorie. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

Art. 4 (Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato)

1. Gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'art. 23 bis, co. 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità.

2. Nella richiesta del parere di cui al co. 1, esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione cosiddetta "in house" non distortiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento:

a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico;

b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento;

c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore;

d) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si

mantenga al di sotto della media di settore.

3. Nel rendere il parere di cui al co. 1 si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate ai sensi del co. 2 e dichiarate dall'ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante.

4. L'effettivo rispetto delle condizioni di cui al co. 2 è verificato annualmente dall'ente affidante, che invia gli esiti di tale verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In caso negativo, anche su segnalazione della medesima Autorità, l'ente procede alla revoca dell'affidamento e al conferimento della gestione del servizio ai sensi dell'art. 23 bis, co. 2.

Art. 5 (Patto di stabilità interno)

1. Al patto di stabilità interno sono assoggettati gli affidatari cosiddetti "in house" di servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 23 bis, coo. 3 e 4.

2. Gli enti locali sono responsabili dell'osservanza, da parte dei soggetti indicati al co. 1 al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

3. Le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti di cui al co. 1 sono definite con il decreto interministeriale di cui all'art. 18, co. 2 bis, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, e successive modificazioni.

Art. 6 (Acquisto di beni e servizi da parte delle società cosiddette "in house" e delle società miste)

1. Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni.

2. L'art. 32, co. 3, del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al co. 1, lett. c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta secondo quanto previsto dall'art. 23 bis, co. 2, lett. b). Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'art. 32, co. 3, numeri 2) e 3), del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni.

Art. 7 (Assunzione di personale da parte delle

società cosiddette “in house” e delle società miste)

1. Le società cosiddette “in house”, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l’assunzione di personale, quanto previsto dall’art. 18, co. 1, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133.

2. Le società miste a partecipazione pubblica di controllo, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l’assunzione di personale, quanto previsto dall’art. 18, co. 2, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133.

3. Il presente articolo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

Art. 8 (Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione)

1. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell’ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell’incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

2. Il divieto di cui al co. 1 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

3. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all’art. 77 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

4. I componenti della commissione di gara per l’affidamento della gestione di servizi

pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

5. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al co. 3, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all’approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall’art. 51 del codice di procedura civile.

8. Nell’ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall’ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell’ente locale stesso.

9. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell’art. 23-bis, co. 3, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall’ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell’ente locale, alla vigilanza dell’organo di revisione di cui agli artt. 234 e seguenti del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

Art. 9 (Principio di reciprocità)

1. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell’Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l’affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l’affidamento di omologhi servizi.

Art. 10 (Cessione dei beni in caso di subentro)

1. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione

anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

2. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al co. 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

3. L'importo di cui al co. 2 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

Art. 11 (Tutela non giurisdizionale)

1. I contratti di servizio e, se emanate, le carte dei servizi concernenti la gestione di servizi pubblici locali prevedono la possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale delle controversie, che avviene entro trenta giorni successivi al ricevimento della richiesta.

2. La procedura conciliativa prevista al co. 1 è avviata secondo lo schema-tipo di formulario di cui all'all. A del presente regolamento.

3. Restano ferme le disposizioni di cui all'art. 2, co. 461, della l. 24.12.2007, n. 244, nonché quelle contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

Art. 12 (Abrogazioni e disposizioni finali)

1. A decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento sono o restano abrogate le seguenti disposizioni:

a) art. 113, coo. 5, 5 bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 11, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni;

b) art. 150, co. 1, del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione;

c) art. 202, co. 1, del d. lgs. 3.4.2006, n. 152,

e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

2. Le leggi, i regolamenti, i decreti, o altri provvedimenti, che fanno riferimento ai coo. 7 e 11 dell'art. 113 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni, abrogati dal co. 1, lett. a), si intendono riferiti, rispettivamente, ai commi 1 e 5 dell'art. 3 del presente regolamento.

3. All'art. 18, co. 3 bis, secondo periodo, del d. lgs. 19.11.1997, n. 422, e successive modificazioni, la parola: "esclusivamente" è soppressa.

4. Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23.10.2007, n. 1370.

5. Le disposizioni del presente regolamento si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in quanto compatibili con gli statuti speciali e le relative norme di attuazione.

«..... GA.....»

IL D. LGS. N. 198/09: "RICORSO PER L'EFFICIENZA DELLE AMMINISTRAZIONI E DEI CONCESSIONARI DI SERVIZI PUBBLICI"

Con il d. lgs. 20.12.2009, n. 198 trova ingresso nel nostro ordinamento la cd. "class action ripristinatoria" nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi.

Il d. lgs. 20.12.2009, n. 198, in attuazione dell'art. 4 della L. 4.3.2009, n. 15 (recante la "Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni [...]"), introduce anche nel settore dei servizi pubblici, l'istituto di derivazione statunitense della cd. "class action" o "azione collettiva", in funzione ripristinatoria.

Con tale strumento, "i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori" (art. 1, co. 1) – nonché le "associazioni o comitati a tute-

la degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di [tali] utenti e consumatori” (art. 1, co. 4) – hanno la possibilità di agire in giudizio “nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici” (art. 1, co. 1) nei casi in cui “derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi”: i) “dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento”; ii) “dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi”; ovvero iii) “dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel d. lgs. 27.10.2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal d. lgs. 27.10.2009, n. 150” (art. 1, co. 1). La finalità di tale azione (giudiziaria), quindi, è di “ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio” (art. 1, co. 1) e, in quest’ottica, il legislatore ha stabilito che “il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti”

sopravvisti – per i quali “restano fermi i rimedi ordinari” – (art. 1, co. 6), con la conseguenza che “il giudice [nello specifico, il giudice amministrativo, alla cui giurisdizione esclusiva è devoluta la competenza in materia (art. 1, co. 7)] accoglie la domanda se accerta la violazione, l’omissione o l’inadempimento [...], ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica” (art. 4, co. 1). Sotto il profilo procedimentale, infine, “il ricorrente notifica preventivamente una diffida all’amministrazione o al concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati”, a seguito della quale “l’organo di vertice dell’amministrazione o del concessionario” sono tenuti a: i) assumere “senza ritardo le iniziative ritenute opportune”; ii) individuare “il settore in cui si è verificata la violazione, l’omissione o il mancato adempimento”; e iii) curare “che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause” (art. 3, co. 1). Pertanto, “il ricorso è proponibile se, decorso il termine di cui [alla diffida], l’amministrazione o il concessionario non ha provveduto, o ha provveduto in modo parziale, ad eliminare la situazione denunciata”; con l’avvertenza che l’azione può essere, quindi, proposta “entro il termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine di cui [alla medesima diffida]” (art. 3, co. 2).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

È ANCORA POSSIBILE PER LA PA UTILIZZARE L'ISTITUTO DELLA VENDITA DI COSA FUTURA?

dell'Avv. Michele De Cilla

Limiti ed ambiti di applicabilità individuati dal Consiglio di Stato, dalla Corte di Cassazione e dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici

I) Il contratto avente ad oggetto la cessione di un immobile non ancora realizzato, con previsione dell'obbligo del cedente – che sia proprietario anche del terreno su cui l'erigendo immobile insisterà – di eseguire i lavori necessari al fine di completare il bene e di renderlo idoneo al godimento, può integrare alternativamente tanto gli estremi della vendita di cosa futura *ex art. 1472 c.c.* (verificandosi allora l'effetto traslativo nel momento in cui il bene viene ad esistenza nella sua completezza), quanto quelli del negozio misto, caratterizzato da elementi propri della vendita di cosa presente (il suolo, con conseguente effetto traslativo immediato dello stesso) e dell'appalto e ciò a seconda che nel sinallagma contrattuale assuma un rilievo centrale il conseguimento della proprietà dell'immobile completato ovvero tale ruolo centrale sia costituito dal trasferimento della proprietà attuale (del suolo) e dall'attività realizzatrice dell'opera da parte del cedente.

Si avrà, quindi, vendita di cosa futura quando l'intento delle parti abbia ad oggetto il trasferimento della cosa futura e consideri l'attività costruttiva nella mera funzione strumentale e per contro si avrà vendita con effetti reali del suolo ed appalto della costruzione, quando l'attività costruttiva, che il cedente assume a proprio rischio con la propria organizzazione, viene considerata come oggetto della prestazione di fare. In quest'ultima ipotesi si verserà in ipotesi di contratto misto (di vendita e di appalto), la cui disciplina giuridica va individuata, in base alla teoria dell'assorbimento, che privilegia la disciplina dell'ele-

mento in concreto prevalente, in quella risultante dalle norme del contratto atipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, elementi ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente (Cfr. Cass. Sez. Un. 12.5.2008, n. 11656, secondo cui “*Il ricorso alla compravendita di cosa futura - segnatamente, di edificio da costruire - da parte della PA è tuttora ammissibile, pur con il sopravvenire della più recente legislazione sui lavori pubblici, ma soltanto nei limiti assai ristretti in cui l'opera da acquisire costituisca, secondo un'ampia motivazione e documentata apprezzamento della stessa PA, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un "unicum" non acquisibile in altri modi, ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell'interesse pubblico, così da comportare l'impraticabilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche.*”).

II) Dopo le necessarie considerazioni che precedono, mette conto individuare quali sono i limiti entro i quali la PA ovvero gli ulteriori soggetti che comunque sono tenuti a rispettare le regole della evidenza pubblica (c.d. soggettività allargata), possono utilizzare l'istituto della vendita di cosa futura.

Il Consiglio di Stato già in passato aveva ritenuto ammissibile l'acquisto di cosa futura da parte della PA (Sez. III n. 1368/93; n. 1046/96); peraltro la stessa terza sezione aveva avvertito l'esigenza di riesaminare in maniera più approfondita la questione onde accertare la permanente validità delle precedenti conclusioni, alla luce delle notevoli immutazioni che erano state apportate alla materia dei contratti pubblici (Sez. III n. 596/99 dell'11.5.1999).

La terza Sezione, muovendo dalla premessa che nel nostro ordinamento tutte le persone giuridiche, pubbliche o private, hanno la medesima capacità giuridica, ha osservato come *"la possibilità di realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse fuori del tipico procedimento dell'appalto si riscontra altresì sia nell'innovativa procedura dei cosiddetti financing projects sia nella figura del promotore, recentemente disciplinata dall'art. 37 bis della l. 11.2.1994, n. 109"*. Ha osservato inoltre, avuto riguardo alla normativa comunitaria, che il contratto di compravendita di immobili non ancora esistenti, per un verso, era escluso dall'ambito della direttiva servizi (art. 5, co. 2 lett. a, del d. lgs. 17.3.1995, n. 157), e per altro verso non era riconducibile alla nozione di appalto, giacché la volontà delle parti ha ad oggetto diretto solo il trasferimento della proprietà del bene e non già il lavoro occorrente per produrre il bene medesimo. Nel predetto parere n. 596/99 la Terza Sezione, pur concludendo nel senso che *"l'acquisto di un immobile (anche se ancora da realizzare) non rientri nella disciplina delle opere e lavori pubblici"*, ha avvertito l'esigenza di dettare una serie di prescrizioni atte a delimitare il rispettivo ambito di operatività dei due istituti. In particolare ha ritenuto che per poter far ricorso all'acquisto di cosa futura, occorre che:

- a) l'immobile da acquistare possieda caratteristiche che lo rendano infungibile, per effetto ad esempio della localizzazione in una specifica zona del territorio;
- b) l'immobile abbia la destinazione urbanistica prevista dal PRG;
- c) sia compiuta una valutazione costi-benefici;
- d) l'oggetto del contratto sia esaustiva-

mente determinato sin dal momento della stipula.

Successivamente, il CdS, con l'Adunanza Generale del 17/02/2000, ha ritenuto *"in punto di diritto, che l'istituto della compravendita di cosa futura non sia stato espunto dall'ordinamento con il sopravvenire della più recente legislazione sui lavori pubblici, salvo, poi, verificare se, in concreto, l'amministrazione abbia stipulato un contratto di vendita o di appalto: verifica che tuttavia va svolta sul piano del merito, secondo i criteri di rilevazione (intento delle parti, obbligazioni dedotte, etc.) elaborati dalla giurisprudenza, i quali non intaccano ma anzi presuppongono la distinzione giuridica fra tipi negoziali giuridicamente ammissibili."*

Il Consiglio di Stato in Adunanza Generale, pur condividendo la validità e condivisibilità delle preoccupazioni in merito al possibile abuso del ricorso a tale forma di contrattazione per l'acquisizione di un'opera pubblica, ha precisato che tali preoccupazioni, tuttavia, non possono risolversi nell'eliminazione di una forma giuridica (quella della compravendita di cosa futura), che mantiene intatte le sue caratteristiche nella sua perdurante vigenza giuridica, ma, più semplicemente, possono ricondursi alla necessità di apposizioni di rigorosi limiti esterni ed interni al potere di contrattare in quella stessa forma, in base ai principi generali già ricordati a proposito dell'autonomia negoziale dei soggetti pubblici.

Conseguentemente, il Consiglio di Stato ha esplicitato in maniera ancora più rigorosa gli angusti limiti entro i quali va circoscritta la possibilità del ricorso all'istituto contrattuale in parola: l'amministrazione, sulla base di una puntuale, completa e trasparente attività istruttoria, dovrà dare conto di una serie complessa di accertamenti e valutazioni, il cui rispetto non può non incidere sulla legittimità della scelta discrezionale di addivenire alla formalizzazione del tipo contrattuale in parola.

Di seguito viene indicato lo schema procedimentale individuato dal Supremo Consesso ed articolato su tre livelli (istruttorio, procedimentale e negoziale).

A) istruttorio.

A1. Individuazione preliminare delle effettive esigenze funzionali, che debbono essere soddisfatte dal bene che si va ad acquistare. Tale processo ricognitivo dev'essere svolto con riferimento a tre concorrenti elementi: quantitativo, qualitativo e temporale.

I bisogni dell'amministrazione vanno rigorosamente e documentalmente enunciati, al di là di vuote formule stereotipate, attraverso l'indicazione dei tipi di attività da svolgere, della consistenza di tali attività, dei tempi entro i quali si devono raggiungere livelli ottimali di funzionalità sotto i rilevati profili.

Tale accertamento preventivo andrà svolto sulla base di un duplice criterio: diagnostico, con riferimento ai compiti già gravanti sulle amministrazioni e prognostico, con riferimento alle nuove o maggiori attribuzioni cui si prevede di dovere fare fronte, per sopravvenienze normative, sociali, demografiche, ambientali, etc..

A2. Verifica che le predette esigenze possano essere adeguatamente soddisfatte unicamente da beni dotati di ben individuate caratteristiche strutturali e topografiche. Così, ad esempio, se per l'attività di prevenzione e soccorso si prevede di dover usare mediamente un certo numero di automezzi, una certa quantità di personale, di dover intervenire più frequentemente in una certa parte del territorio, l'edificio da acquistare dovrà essere dotato di un numero adeguato di locali per il ricovero e l'alloggiamento di mezzi e uomini, localizzato in un'area dalla quale risulti il più agevole possibile raggiungere le zone di più frequente intervento, etc..

A3. Accertamento negativo della mancanza di immobili di proprietà pubblica già esistenti nelle aree interessate, che possano essere proficuamente utilizzati, seppur con eventuali interventi di manutenzione e ristrutturazione di esecuzione non eccessivamente difficoltosa o dispendiosa.

A4. All'esito delle predette ricognizioni si dovrà verificare ulteriormente l'esistenza di un'area o di aree inedificate private motivatamente ritenute idonee all'uso pubblico secondo la verifica sub A2, che le rendano "*infungibili*" rispetto ai bisogni dell'amministrazione. Infungibilità, che dev'essere intesa in senso assoluto (ad es.: unica area inedi-

ficata all'interno di un territorio già densamente edificato ad alta concentrazione criminale e sul quale vada operata un'azione capillare e continua di prevenzione e repressione).

Il concetto di infungibilità va correlato, tra l'altro, a quello di conformità della struttura da realizzare con le previsioni urbanistiche di zona, secondo un accertamento preventivo che non lasci spazio ad ipotesi alternative da determinare in sede di trattative, come quella del ricorso al procedimento derogatorio delle prescrizioni e vincoli urbanistici di cui all'art. 81 del d.P.R. 616/1977, peraltro incompatibili, per presupposti e struttura, con la vendita di cosa futura (cfr. C. Conti, Sez. contr. Stato, 19.9.1995 n.121).

A5. Puntuale valutazione del rapporto costi benefici, mettendo a confronto le utilità complessivamente ricavabili dal ricorso alla compravendita, rispetto a quelle conseguibili ricorrendo agli ordinari e normali procedimenti di realizzazione dell'opera: acquisizione coattiva dell'area e affidamento mediante contratto d'appalto.

Tale comparazione è, naturalmente, ad oggetto plurimo, non risolvendosi esclusivamente in un mero apprezzamento economico ma coinvolgendo tutti gli aspetti dell'intervento (tempi, garanzie, affidamento, etc).

A6. Verifica del possesso, da parte del venditore, di sufficienti requisiti di capacità economica che valgano ad assicurare in via preventiva l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, requisiti che devono preesistere alla stipulazione del contratto.

A7. Titolo di proprietà dell'area acquisito dal venditore in epoca non sospetta rispetto alla determinazione dell'amministrazione di munirsi del bene. Ciò, evidentemente, al fine di evitare che l'acquisto del terreno sia finalizzato alla preconstituzione di una sorta di titolo di prelazione di fatto, rispetto ad altri potenziali offerenti o concorrenti.

B. Sul piano procedimentale è da osservare quanto segue:

B1. Nel caso di localizzazione del terreno (su cui realizzare l'edificio) non di natura puntuale ed esclusiva ma riferibile ad una zona, più o meno vasta con pluralità di proprie-

tari dei vari lotti in ivi ricompresi, sussiste la necessità, in linea di massima, di garantire una preventiva gara informale, onde limitare il pericolo di favoritismi o collusioni tra privato e PA.

B2. Una volta che l'accurata istruttoria ricondotta secondo le indicazioni sub A faccia ritenere preferibile il ricorso alla vendita di cosa futura, dovrà rispettarsi lo schema normativo di tali tipo contrattuale anche al fine di non provocare confusioni, in sede interpretativa con altre figure negoziali.

In particolare l'amministrazione dovrà predisporre un progetto di contratto, che tenga luogo, quanto a finalità, di quello che nel contratto di appalto è il progetto del lavoro o dell'opera: puntuale indicazione di tutte le caratteristiche del bene futuro in relazione alle sue finalità, secondo uno schema che ricalchi, tendenzialmente, i contenuti descrittivi di un progetto definitivo, al fine di evitare aggiustamenti, variazioni e modifiche tra il momento della stipulazione e quello di trasferimento del bene, con conseguente esaustiva determinazione degli obblighi del venditore. Ciò al fine di delimitare preventivamente e con adeguata approssimazione l'ambito delle garanzie di cui agli artt.1490 e seg. c.c.

B3. Sempre al fine di ricondurre lo schema contrattuale nel tipo legale, dovranno evitarsi clausole di comportamento che possano far confondere la figura dell'amministrazione acquirente con quella di un'amministrazione appaltante.

Pertanto, dovrà evitarsi il riferimento ad attività progettuali in senso proprio poste in essere, preventivamente, dall'amministrazione, le quali ove eventualmente effettuate rileveranno non come oggetto contrattuale ma solo come parametro interno all'amministrazione per determinare le caratteristiche oggettive richieste all'immobile futuro secondo quanto già rilevato sub. B2.

C. Sul piano negoziale infine, cioè nella fase di esecuzione del rapporto ormai instaurato, dovranno evitarsi comportamenti che generino confusione sul ruolo dell'amministrazione, come soggetto cioè che assuma i comportamenti di un reale acquirente e non di un dissimulato appaltante

L'amministrazione cioè dovrà astenersi da ogni ingerenza sul processo di produzione del bene, limitandosi soltanto a quelle attività eventuali di verifica collaborazione in corso d'opera, insite nelle clausole generali della buona fede, correttezza e diligenza, che tuttavia non trasmodino in forme di compartecipazione nelle cure, rischi, iniziative, e spese che restano tutte di competenza esclusiva del venditore.

Il Consiglio di Stato non ha mancato di segnalare che non si tratta di una serie di regole esaustive, ma di semplici criteri di orientamento per amministratori onesti e diligenti, il cui operato sia ispirato ai principi costituzionali del buon andamento, della trasparenza, dell'efficienza ed economicità, della responsabilità personale del pubblico funzionario e che il ricorso all'istituto, tipico e non confondibile, della vendita di cosa futura costituisce ipotesi specialissima e marginalissima.

I principi ed i limiti sopra esposti sono poi stati fatti propri anche dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione n. 24 del 5.12.2001 e, in maniera più dettagliata, con la deliberazione n. 105 del 9/6/2004 laddove è stato ritenuto che *“il ricorso alla compravendita di cosa futura, disciplinato dall'art. 1472 del c.c., costituisce un'ipotesi eccezionale e marginale per l'acquisizione di immobili da parte di pubbliche amministrazioni, dovendo queste ultime sempre valutare preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche di cui alla l.11.2.1994, n. 109 e successive modificazioni solo ove ne verificchino la non praticabilità in relazione a specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, possono acquisire l'immobile con la procedura della compravendita di cosa futura, purché sussistano i presupposti e siano rispettate le condizioni all'uopo indicate dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 17.2.2000, nel parere n. 38/99”*.

Di recente le Sezioni Unite della Cassazione (Cass. Sez. Un. 12.5.2008, n. 11656) hanno ribadito che *“Il ricorso alla compravendita di cosa futura - segnatamente, di edificio da costruire - da parte della PA è tuttora ammissibile, pur con il sopravvenire della più*

recente legislazione sui lavori pubblici, ma soltanto nei limiti assai ristretti in cui l'opera da acquisire costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento della stessa PA, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un "unicum" non acquisibile in altri modi, ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte per-

seguimento dell'interesse pubblico, così da comportare l'impraticabilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche." Ne consegue, pertanto, che l'istituto della vendita di cosa futura, sia pure nei ristrettissimi ambiti delineati dal Consiglio di Stato e dalla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, può tuttora essere utilizzato dalle pubbliche amministrazioni.

«.....GA.....»

ART. 38 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: REQUISITI DI “MORALITÀ” DEI CONCORRENTI

dell'Avv. Guglielmina Olivieri Pennesi

Problematiche applicative riguardante l'art. 38 del d. lgs. 163/06 e successive modifiche ed integrazioni

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha sottoposto all'attenzione degli operatori di settore alcune problematiche applicative riguardanti l'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

L'art. 38 disciplina le cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, ovvero quei requisiti soggettivi che devono essere posseduti da tutti i concorrenti per poter contrarre con la pubblica amministrazione. In sostanza si tratta dei cosiddetti requisiti di “moralità”.

Tali requisiti vanno tenuti distinti dalla capacità economico-finanziaria e capacità tecnica-professionale, disciplinati dagli artt. 40, 41 e 42 dello stesso codice. Si tratta di requisiti che attengono al grado di esperienza e capacità professionale del concorrente, nonché alla sua solidità finanziaria.

L'art. 38 del codice, nel delineare tali requisiti, recepisce il contenuto della dir. 2004/18/CE rendendo conforme la disciplina precedentemente dettata: per i lavori dall'art. 75 del d.P.R. 554/99; per i servizi dall'art. 12 del d. lgs. 157/95; per le forniture dall'art. 11 del d. lgs. 358/92.

Tuttavia, il legislatore italiano, in fase recepimento della dir. 2004/18/CE, non ha distinto fra cause di esclusione obbligatoria e facoltativa, con la conseguenza che in tutte le ipotesi elencate dall'art. 38 vi è l'obbligo di escludere il concorrente dalla procedura di aggiudicazione.

Le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 43 del d.P.R. 445/2000 effettuano la verifica del possesso dei requisiti indicati nell'art. 38 e auto dichiarati dagli operatori economici acquisendo direttamente dall'amministrazione competente la relativa documentazione o le informazioni e dati necessari.

In linea generale occorre rilevare che l'accertamento delle cause di esclusione rappresenta un punto critico nell'ambito delle

procedure di gara. Ciò determina l'insorgere di numerosi problemi interpretativi a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore.

Fatte queste premesse di carattere generale, qui di seguito verranno esposte alcune considerazioni in merito alle diverse cause di esclusione.

1. Insussistenza di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo (art. 38, co. 1, lett. a).

La norma prevede due distinte fattispecie per la verifica di affidabilità economica dell'offerente: la prima di conclamato dissesto e la seconda nel caso di un procedimento in corso per l'accertamento di tale dissesto con l'assimilazione del concordato preventivo alla dichiarazione di fallimento.

A tal proposito si ritiene che l'intervenuta riforma delle legge fallimentare che ha riformulato l'istituto del concordato preventivo (art.160 e ss. L.F.) non rileva ai fini delle clausole di esclusione, non potendosi allo stato delle vigenti norme equiparare il nuovo concordato preventivo all'amministrazione controllata, quest'ultima non considerata ai fini dell'esclusione.

Per quanto riguarda la sussistenza di un conclamato dissesto si concorda con la posizione assunta dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nello schema di provvedimento, sul fatto che non sia sufficiente il solo deposito del ricorso di fallimento da parte di un creditore ma occorra un pronunciamento, anche istruttorio, dell'autorità giudiziaria che accerti la sussistenza dello stato d'insolvenza.

2. Insussistenza di misure di prevenzione o di cause ostative previste dall'art. 10 della l. 31.5.1965 n. 575 (art. 38, co. 1 lett.

b).

La norma era già prevista per il settore dei lavori pubblici (art. 75, co.1, lett. b del d.P.R. 554/1999) con la sola precisazione che la pericolosità sociale per le società in accomandita semplice, va accertata, oltre che per il direttore tecnico, anche e solo per i soci accomandatari e l'espreso riferimento alle cause ostative di cui all'art. 10 della l. 31.5.1965, n. 575 mentre rappresenta una novità l'estensione a servizi e forniture.

Con riferimento all'applicazione della norma si ritiene che, ai fini dell'esclusione la sola annotazione della richiesta di applicazione della misura nei registri di cui all'art. 34 della l. n. 55 del 19.3.1990, non sia sufficiente in quanto occorre che sia stata irrogata e che l'estensione dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione ai conviventi necessiti di un'apposita pronuncia del tribunale.

3. Sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale o di partecipazione ad organizzazione criminale (art. 38, co. 1 lett. c).

Problematica è l'individuazione dei reati "in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale" posto che non esiste nell'ordinamento penale italiano una categoria in danno dello Stato.

Tuttavia si ritiene che la moralità professionale vada valutata nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, tenendo conto del peso specifico dei reati ascritti e della incidenza sia con i principi deontologici della professione, sia con riferimento all'attività che la ditta dovrà espletare, qualora risulterà aggiudicataria.

Per i reati comunitari di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, come definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, della dir. 2004/18/CE, gli stessi sono sottratti a qualsiasi valutazione da parte della stazione appaltante comportando l'esclusione dalle procedure di gara fino all'intervenuta pronuncia di riabilitazione e di estinzione.

L'Autorità di vigilanza, nel documento base redatto su tale argomento, rammenta la previsione normativa secondo la quale: "la

dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

Tale principio è molto rilevante in un'ottica di semplificazione documentale delle offerte. Sarebbe opportuno evidenziare che questa è una facoltà di spettanza principalmente dei consorzi i quali possono dichiarare il possesso dei requisiti generali delle consorziate per le quali concorrono. In tal modo si eviterebbe di dover produrre altre dichiarazioni, affermate dal legale rappresentante di ogni consorziata, in aggiunta alla dichiarazione del consorzio.

Per la dichiarazione relativa all'insussistenza di cause interdittive resa in autocertificazione si ritiene che le stazioni appaltanti possano, in relazione a proprie specifiche esigenze e ai fini della valutazione in relazione all'oggetto del contratto, richiedere la dettagliata elencazione di tutte le condanne subite compresi i reati estinti e depenalizzati.

In relazione alla partecipazione alla gara di un'impresa che è stata oggetto di trasformazione societaria sussiste allo stato attuale l'obbligo di comunicare in sede di gara l'avvenuta trasformazione societaria, nonché i nominativi dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando individuati in relazione al tipo di società che partecipa alla gara, (titolare e direttore tecnico impresa individuale) (socio e direttore tecnico società in nome collettivo) (soci accomandatari e direttore tecnico società in accomandita semplice) (amministratori muniti di potere di rappresentanza e direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio).

Tale obbligo costituisce già, per le stazioni appaltanti, un notevole aggravio nella fase di verifica dei requisiti ma si ritiene, al fine di aumentare la concorrenzialità, che in questa possano essere oggetto di valutazione atti o documenti, anche in forma di autocertificazione, che attestino la dissociazione dell'impresa stessa dalla condotta criminosa dei soggetti cessati.

4. Violazione del divieto di intestazione fiduciaria (art. 38, co. 1, lett. d).

Si tratta di un requisito generale innovativo per gli appalti di servizi e forniture, già previsto dall'art. 75, co. 1, lett. d) del d.P.R. 554/1999, per i lavori, per contrastare il rischio, nei contratti pubblici, di infiltrazioni mafiose. Per tale requisito non ci sono dei rilievi da sollevare in quanto le stazioni appaltanti, ad oggi, si limitano alla mera applicazione dell'esclusione del soggetto qualora risulta accertata la violazione e conseguente preclusione alla partecipazione alle gare pubbliche.

5. Infiltrazioni in materia di sicurezza ed altri obblighi derivanti da rapporti di lavoro (art. 38, co. 1, lett. e).

La valutazione di questo requisito di carattere generale è di particolare difficoltà per le stazioni appaltanti in quanto sono chiamate ad esercitare la propria discrezionalità in merito alla gravità dell'infrazione, indipendentemente dai periodi di sospensione del rilascio del DURC stabiliti dal M.ro del lavoro e della previdenza sociale nell'allegato A al d.m. 24.10.2007 (pubblicato su G.U. n. 279 del 30.11.2007) entrato in vigore il 30.12.2007.

Tali infrazioni, per essere rilevanti ai fini dell'esclusione, devono essere "gravi" e "debitamente accertate" e la valutazione riferita all'oggetto del contratto come per il requisito di cui alla lett. c) con conseguente obbligo di congrua motivazione.

Nelle more dell'integrazione del Casellario Informatico con i dati che debbono essere inviati dalle stazioni appaltanti nonché dai soggetti ed organismi istituzionalmente coinvolti in attività di vigilanza dei cantieri di lavori pubblici, si ritiene che le stazioni appaltanti possano avvalersi, per tale valutazione, di tutte le informazioni nella propria disponibilità.

6. Gravi negligenze o errori nello svolgimento dell'attività professionale (art. 38, co. 1, lett. f).

Il requisito era già previsto per i lavori alla lett. f) dell'art. 75 d.P.R. 554/1999 ("grave negligenza o malafede"); all'art. 11 del d. lgs. 358/1992 per le forniture e all'art. 12 del d. lgs. 157/1995 per i servizi (errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova). Si

tratta di una valutazione particolarmente complessa per le stazioni appaltanti in quanto sono chiamate ad esercitare il proprio potere discrezionale nell'individuazione della grave negligenza e della malafede ai fini dell'esclusione all'esito della quale è tenuta a fornire idonea ed analitica motivazione.

Al riguardo si ritiene che la stazione appaltante possa valutare l'affidabilità e la capacità professionale dell'impresa con riferimento non solo a fatti derivanti da precedenti propri rapporti contrattuali bensì all'intera vita professionale dell'operatore economico e, pertanto, l'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità.

Al fine di garantire maggiore trasparenza sarebbe auspicabile che le stazioni appaltanti indichino nel bando o nel disciplinare di gara quali riferimenti ed elementi utilizzeranno per la valutazione di tale requisito.

7. Violazioni di obblighi fiscali (art. 38, co. 1, lett. g).

Tale requisito è finalizzato ad accertare che, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'operatore economico non versi in una situazione di irregolarità tributaria definitivamente accertata.

Le stazioni appaltanti si devono limitare a tale accertamento tenendo conto che eventuali ricorsi giurisdizionali o amministrativi contro atti di accertamento del debito o adesione al condono fiscale o a sanatorie o, in forza di un concordato rateizzazione o riduzione del debito dichiarate o documentate dallo stesso operatore economico, antecedenti alla scadenza del termine fissato per la presentazione dell'offerta, consentono la partecipazione alla gara.

8. False dichiarazioni in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati dell'osservatorio (art. 38, co. 1, lett. h).

L'esistenza di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara.

Le stazioni appaltanti devono segnalare all' Autorità di vigilanza sui contratti pubblici tutti i casi di non corrispondenza, con riferimento ai requisiti e condizioni per la partecipazione alle gare, tra le dichiarazioni rese dai partecipanti e la successiva acquisita documentazione e l' Autorità procede alla diretta iscrizione del dato nel casellario informatico.

L'annotazione nel casellario per falsa dichiarazione a carico di un operatore economico comporta l'esclusione automatica dalle procedure di gara per un anno, decorrente dalla data di inserimento, senza alcuna discrezionalità da parte della Stazione appaltante. Per questa ipotesi, prima di procedere alla comunicazione, le stazioni appaltanti hanno un grave onere di valutazione, in quanto devono accertare che la difformità non è imputabile a mero errore materiale e che non sussistono nel bando o nel disciplinare elementi contraddittori o poco chiari che potrebbero aver indotto l'operatore economico ad una omessa dichiarazione o autocertificazione.

Considerata la gravità della sanzione che ne consegue per un operatore economico, si ritiene auspicabile una modifica normativa che preveda una graduazione della sanzione stessa in rapporto alla natura e alla gravità della falsa dichiarazione, anche per evitare l'insorgere di contenzioso.

9. Irregolarità contributiva (art. 38, co. 1, lett. i).

Con l'art. 16 *bis*, co.10 del d.l. n. 185/2008 convertito in l. n. 2/2009 è stato assegnato alle stazioni appaltanti l'obbligo di acquisizione del DURC, con esclusione delle sole acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori *ex* art. 125 del codice, attraverso la gestione diretta. Il decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale emanato in data 24.10.2007, al punto 5, nel regolamentare le modalità di rilascio ed i contenuti del DURC, ha definito i parametri di valutazione fissando una soglia di "gravità" dell'inadempimento (scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, scostamento inferiore ad 100,00 euro) e limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti in fase di verifica del requisito. Come già osservato precedentemente sus-

sistono numerosi adempimenti, di carattere ripetitivo, che sono stati posti a carico delle stazioni appaltanti, connessi al DURC, con particolare riferimento ai contratti di limitata entità o alle acquisizioni in economia, attraverso cottimo fiduciario, per i quali spesso l'esecuzione del contratto avviene nei termini di validità del DURC, acquisito in sede di gara informale.

In particolare il collegamento del DURC alle fasi del procedimento (gara, stipula, pagamento, liquidazione) comporta, per limitati importi, il rinnovo della richiesta di DURC in presenza agli atti del medesimo documento ancora nei termini di validità temporale stabiliti dalla legge.

La circolare del ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 5/2008 ha stabilito che il DURC utilizzato nell'ambito degli appalti pubblici, ed ai fini della erogazione di benefici, ha una validità mensile e a tale termine si sono riferite tutte le stazioni appaltanti.

La seguente circ. I.N.A.I.L. n. 7/2008, ha precisato che per tutti gli appalti pubblici la validità del DURC è correlata allo specifico appalto ed è limitata alla fase per la quale il certificato è stato richiesto (es. stipula contratto, pagamento SAL, ecc.) per cui lo stesso non è spendibile in altri appalti o per altre fasi dello stesso appalto pubblico.

Il TAR Puglia, Le, III con la sentenza n. 2304/2009 ha ritenuto sulla base di un esame sistematico delle norme (art. 39 *septies* del d.l. 30.12.2005, n. 273, convertito dalla l. 23.2.2006, n. 51 e art. 1, co. 1176 della l. 27.12.2006, n. 296) che il DURC per i contratti pubblici abbia validità di tre mesi non rientrando tali contratti nell'ambito delle agevolazioni normative e contributive.

A parere dello scrivente si condivide quest'ultima pronuncia e ci si auspica un rapido chiarimento (da parte degli organi a ciò preposti) su questo tema, con particolare riferimento ai contratti di limitata entità economica e temporale per i quali è necessaria un'apposita regolamentazione correlata al periodo di validità della documentazione in possesso della stazione appaltante.

Complessivamente per le lett. g) e i) sono stati rilevati da numerosi enti locali alcune criticità. In sede di verifica delle dichiarazioni

delle ditte aggiudicatrici il certificato dell'Agenzia delle Entrate dal quale risulta l'irregolarità nel pagamento delle imposte e tasse spesso non contiene l'indicazione se l'irregolarità è definitiva o meno. A seguito di ulteriore e specifica richiesta dell'ente appaltante all'Agenzia delle Entrate sulla definitività o meno dell'irregolarità, l'Agenzia delle Entrate risponde successivamente. Inoltre, in taluni casi, vengono emessi DURC irregolari. Sulla base della contestazione sollevata alla società aggiudicataria, la stessa produce i bollettini di pagamento all'Amministrazione e all'INPS, INAIL o CASSA EDILE e successivamente il DURC viene corretto.

Tali situazioni determinano un aggravamento del procedimento di aggiudicazione definitiva in quanto l'espletamento del contraddittorio con le società e gli enti comporta ritardi e prolungamento dell'iter di aggiudicazione, ciò in contrasto con il principio di semplificazione amministrativa.

Alcuni enti locali rilevano che si dovrebbe affermare in modo netto che, per la sussistenza della "definitività" dell'irregolarità contributiva, non è necessario un provvedimento giurisdizionale di accertamento passato in giudicato, ma è sufficiente che ricorrano le condizioni previste dall'art. 8 co. 1 e 2 d.m. 24/10/07, ovvero:

1) che non sia stata disposta la sospensione della cartella di pagamento; 2) che non sia pendente ricorso amministrativo; 3) che non sia pendente contenzioso giudiziario.

Diversamente il rischio è di addossare indebitamente alla stazione appaltante l'onere di accertamenti, che competono esclusivamente agli enti previdenziali, come affermato dalla giurisprudenza: "la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la PA e demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto" (CdS V, 23.1.2008, n. 147).

Sarebbe pertanto auspicabile un miglioramento delle procedure al fine di evitare le inesattezze evidenziate con il perfezionamento delle relative procedure telematiche.

10. Mancata presentazione della certifi-

cazione di cui all'art. 17 della l. 12.3.1999, n. 68 (art. 38, co. 1, lett. l).

Si tratta di un requisito di partecipazione di nuova introduzione in recepimento dell'art. 17 della L. n. 68/1999 come modificato dall'art. 40, co.5, d.l.25.6.2008, n. 112 che stabilisce l'obbligo di acquisizione in sede di gara della dichiarazione dell'operatore economico che attesti l'avvenuto adempimento delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili. Tale certificazione è stata inserita tra i requisiti di partecipazione nei disciplinari di gara dalle stazioni appaltanti.

11. Sanzioni interdittive (art. 38, co. 1, lett. m).

Si tratta di un requisito, di nuova introduzione, sottratto al sindacato della stazione appaltante ed è connesso al divieto di contrarre con la PA che può essere disposto per omissioni di specifiche leggi di settore nel caso accerti la responsabilità del soggetto.

Come affermato anche dall'Autorità di vigilanza si ritiene che la misura cautelare del divieto di contrattare con la PA si applichi con riferimento all'attività specificamente interdetta e non possa essere oggetto di estensione.

Per quanto riguarda le violazioni connesse al testo unico in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al d. lgs. n. 81/2008 come modificato dal d. lgs. 3.8.2009, n. 106 il provvedimento di sospensione disposto dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'art. 92, co. 1, lett. e) del codice o dagli organi di vigilanza del M.ro. del lavoro è comunicato all'Autorità e al M.ro delle infrastrutture e trasporti e, quest'ultimo, adotta il formale provvedimento interdittivo a contrarre con le pubbliche amministrazioni e di partecipazione a gare pubbliche per la durata stabilita in relazione alla gravità della violazione stessa.

12. Sospensione o decadenza di attestato SOA per false dichiarazioni (art. 38, co. 1, lett. m bis).

Si tratta di un'ulteriore causa di esclusione inserita all'art. 38 dal d. lgs. n. 113/2007 (II° decreto correttivo al codice) e modificata con il d. lgs. n. 152/2008 (III° decreto correttivo al codice). La decadenza dell'attestazione

SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci non stabilisce alcun termine per la durata dell'interdizione alla partecipazione alle gare, configurandosi come un effetto interdittivo definitivo anche per gli appalti di importo inferiore ai 150.000,00 euro, nonché per servizi e forniture (trattandosi di un requisito di carattere generale applicato, senza esclusione, a tutti i contratti pubblici).

Si ritiene che l'effetto interdittivo del provvedimento di decadenza o di sospensione non può che decorrere dalla data di inserimento da parte dell'Autorità nel casellario informatico, in modo che le Stazioni appaltanti possano verificare l'ammissibilità o meno del soggetto, sulla base di una data certa.

Per quanto riguarda la durata dell'interdizione si ritiene che con l'entrata in vigore dell'art. 38, co. 1, lett. m *bis*) la volontà del legislatore sia stata quella di applicare una sanzione a carattere definitivo per tutelare l'effettiva concorrenzialità e trasparenza degli operatori economici eliminando dal mercato i soggetti che hanno avuto la qualificazione sulla base di false attestazioni.

E' evidente che un operatore economico qualificato sulla base di requisiti tecnici ed economici reali si trova in una condizione non conforme al principio comunitario di parità di trattamento in sede di formulazione della propria offerta economica in quanto sostiene costi di impresa ben diversi rispetto a quelli di un operatore che non affronta alcun onere avendo acquisito la qualificazione attraverso false dichiarazioni.

13. Denuncia dei reati di concussione o estorsione (art. 38, co. 1, lett. m *ter*).

La l. n. 94/2009 ha introdotto una nuova causa di esclusione alle gare e una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di tutte le ipotesi elencate al co. 1 dell'art. 38 e si applica a tutti i soggetti indicati alla lett. b) del medesimo articolo che devono essere esclusi dalle gare qualora non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime dei reati di concussione o estorsione aggravata.

L'Autorità dovrà pubblicare sul proprio sito dell'osservatorio la comunicazione della mancata denuncia, unitamente al nominativo del soggetto che ha omesso di denunciare e

ad avviso dello scrivente l'esclusione dovrebbe decorrere dall'inserimento nel casellario da parte dell'Autorità.

Tale nuova causa di esclusione prevede l'esimente dello stato di necessità e della legittima difesa.

La giurisprudenza ha osservato che per invocare l'esimente occorre un'effettiva situazione di pericolo imminente di danno grave alla persona, non altrimenti evitabile, ovvero l'erronea persuasione di trovarsi in tale situazione, provocata non da mero stato d'animo, ma da circostanze concrete che la giustificano. Pertanto, anche nei casi descritti dalla lett. m-*ter* occorrerebbe un'indagine specifica al fine di accertare la sussistenza o meno dell'esimente. Tuttavia ci sono dubbi in ordine al momento in cui la sussistenza di tale esimente andrebbe accertata e anche in ordine a chi sia il soggetto che ha titolo per procedere a tale accertamento al fine di determinare se la causa di esclusione dalla gara nel caso concreto debba essere comminata o meno.

La soluzione di addebitare alla stazione appaltante l'onere di verificare caso per caso, compiendo un autonomo accertamento in ordine alla sussistenza o meno dell'esimente è impraticabile sia perché richiederebbe l'instaurazione di un contraddittorio formale con il concorrente (con tutte le ovvie conseguenze in ordine ai tempi del procedimento), sia perché la stazione appaltante, frequentemente, non è dotata di strumenti sufficienti a condurre una tale valutazione.

Pertanto, sebbene la finalità di contrasto alla criminalità è pienamente condivisa, permangono perplessità sotto il profilo applicativo della nuova causa di esclusione che rischia di creare nuovi e gravi problemi procedurali, anziché raggiungere gli obiettivi prefissati.

14. Situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. ed imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale (art. 38, co. 1, lett. m *quater*).

Con il d.l. 25.9.2009, n. 135, in materia di adeguamento alla disciplina comunitaria, è stata apportata una ulteriore modifica all'art. 38, aggiungendo ai requisiti di ordine generale l'insussistenza di situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. o di relazioni, anche

di fatto, che comportino l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale e al co. 2 del medesimo articolo è stato stabilito l'obbligo di autocertificare l'assenza di situazioni di controllo e collegamento o di dichiarare che pur in presenza di tali situazioni non vi è stata influenza sulla formulazione dell'offerta e che l'offerta stessa non è riconducibile al medesimo centro decisionale.

Si ritiene che tale formulazione presenta alcune criticità che determinano problematiche applicative per gli enti locali, quì di seguito esposte.

Innanzitutto occorrerebbe un chiarimento su quali siano i "*documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta*" così come disciplinato dall'art. 38 co. 2 lett. b).

A titolo esemplificativo si rileva che tali documenti, di carattere probatorio, potrebbero essere: a) statuti; b) documenti riguardanti l'organizzazione aziendale; c) visure storiche ecc.. Un altro problema rilevato da numerosi enti locali è la discordanza fra quanto affermato dall'art. 38 co. 1 lett. m-*quater* e il successivo co. 2.

Infatti mentre con la lett. m-*quater* è prevista l'esclusione dalle gare di coloro che si trovano in una delle seguenti condizioni:

- 1) *situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c.*
- 2) *relazioni anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*

Con il co. 2 viene stabilito che i concorrenti allegano, alternativamente, ai fini del co.1 lett. m-*quater*:

- a) *la dichiarazione di non essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c.con nessun partecipante alla medesima procedura;*
- b) *la dichiarazione di essere in una situazione di controllo di cui all'art.*

2359 del c.c. e di aver formulato autonomamente l'offerta....

Pertanto sarebbe auspicabile qualche indicazione, da parte degli organi preposti, affinché venga chiarito che necessitano entrambe le dichiarazioni previste dai punti a) e b) in modo tale che le stazioni appaltanti specifichino, nei rispettivi bandi di gara, la necessità di produrre entrambe le dichiarazioni da parte dei concorrenti, in conformità con il precedente co. 1 lett. m-*quater*.

15. Le annotazioni sul casellario.

Il casellario informatico, per i lavori pubblici, costituisce una banca dati accessibile alle stazioni appaltanti ed alle SOA per l'acquisizione di tutte le informazioni necessarie ad accertare eventuali cause di esclusione dalle gare in tema di requisiti di ordine generale (affidabilità morale e professionale) e di ordine speciale (economico-finanziari e tecnico-organizzativi) ed è stato esteso con il Codice anche al settore dei servizi e delle forniture. Si tratta di uno strumento indispensabile per le stazioni appaltanti in sede di verifica dei requisiti che costituiscono cause di esclusione alle gare.

16. Cancellazione dell'annotazione dal casellario a seguito di un provvedimento cautelare o sentenza di merito non definitiva.

Per quanto concerne l'annotazione sul casellario nei casi di pronunce giurisdizionali che sospendano in via cautelare o che annullino in primo o secondo grado il provvedimento di sospensione alla partecipazione alle gare si ritiene che l'interdizione di cui all'art. 38, co. 1, lett. h) del codice debba avere effetto dalla data del primo inserimento e sospesa per il periodo di cancellazione della annotazione riprendendo a decorrere, per il tempo residuo, dalla data di ripristino, conseguente a pronunce definitive di merito sfavorevoli all'operatore economico.

AVVALIMENTO E CERTIFICAZIONI DI QUALITÀ DEL SISTEMA

dell'Avv. Paola Tria

Brevi cenni sull'ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento anche alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa

L'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nella normativa delle opere pubbliche grazie all'art. 48, co. 3, della dir. 2004/18 del 31.3.2004 – relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – secondo il quale *“un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.*

Deve, in tal caso, provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie”.

Nell'ordinamento italiano l'avvalimento è disciplinato agli artt. 49 e 50 del codice dei contratti (d. lgs. n. 163 del 2006).

Ai sensi dell'art. 49, co.1, il concorrente, singolo o consorziato, o raggruppato, che partecipi ad una procedura ad evidenza pubblica, può dimostrare di possedere i requisiti tecnici, economici e finanziari, nonché dell'attestazione SOA, avvalendosi di quelli posseduti da un altro soggetto.

Una tale opportunità, tuttavia, ha dei limiti precisi.

Non tutti i requisiti di qualificazione, infatti, per loro stessa natura e funzione, possono essere oggetto di avvalimento.

Più in generale, si deve distinguere fra requisiti di natura oggettiva e requisiti di natura soggettiva e solo per i primi è consentito il ricorso all'avvalimento perché i secondi, per definizione, devono essere singolarmente posseduti da ciascun concorrente.

Per la precisione, non possono essere oggetto di avvalimento né i requisiti di ordine

generale, di cui all'art. 38 del codice, né, tantomeno, quelli di idoneità professionali previsti dall'art. 39: essi sono tutti requisiti di cui ogni concorrente deve disporre in proprio perché relativi a qualità strettamente *“personali”*, se così si può dire, dell'impresa.

La giurisprudenza, al riguardo, si esprime nei termini di seguito espressi:

“Occorre distinguere nettamente fra i requisiti tecnici di carattere oggettivo (afferenti in via immediata alla qualità del prodotto o servizio che vanno accertati mediante sommatoria di quelli posseduti dalle singole imprese), dai requisiti di carattere soggettivo (che devono essere posseduti singolarmente da ciascuna associata), tanto che può verificarsi l'ipotesi di concorrente che, sebbene fornito di tutti i requisiti di qualificazione, non sia in grado di offrire uno specifico servizio per la cui erogazione avrebbe, in astratto, tutti i titoli in termini di capacità organizzativa, di controllo e di serietà imprenditoriale” (CdS, IV, 14.2.2005, n. 435).

Fra i requisiti soggettivi si è soliti annoverare anche le cosiddette *“certificazioni di qualità aziendale”*, previste dall'art. 40, co.3, lett. a) del d. lgs. n. 163 del 2006 e dagli artt. 4 e 15, co.1, del d.P.R. n. 34 del 2000, i quali richiedono espressamente il possesso delle certificazioni del sistema ai fini dell'attestazione della qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici.

In altre parole, il possesso della certificazione del sistema di qualità aziendale funge da presupposto alla qualificazione delle imprese.

Le certificazioni di qualità aziendale consistono essenzialmente in strumenti tramite cui viene richiesto alle imprese di disporre di un modello di gestione della qualità relativo all'organizzazione aziendale ed hanno lo sco-

po di garantire che ogni impresa concorrente sia in grado di svolgere il proprio servizio secondo uno standard minimo di qualità; in tal senso si esprime anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui “... le certificazioni di qualità sono volte ad assicurare che l’impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni accertato da un organismo qualificato, sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale che valorizzano l’organizzazione complessiva dell’attività e l’intero svolgimento delle diverse fasi; secondo un principio di fondo del sistema, tali certificazioni costituiscono un requisito tecnico di carattere soggettivo, e devono essere possedute da ciascuna delle imprese associate a meno che non risulti che essi siano incontestabilmente riferiti solo ad una parte delle prestazioni eseguibili da alcune soltanto delle imprese associate” (CdS, IV, 14.2.2005, n. 435; nonché cfr. CdS, V, 28.8.2009, n. 5105 e CdS, V, 7.4.2009, n. 2147).

Una tale valutazione, però, di fatto preclude agli operatori economici l’utilizzo dell’istituto dell’avvalimento in relazione alle certificazioni di qualità.

Se da una parte, infatti, è consentito che un soggetto si avvantaggi delle capacità tecniche di un altro soggetto, ampliando le proprie possibilità operative, dall’altra, evidentemente, non è ammissibile che si avvantaggi anche della “virtuosità” del terzo, pena l’elusione dei principi e delle norme posti a tutela dell’affidabilità degli operatori economici nel settore delle opere pubbliche.

L’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (parere n. 254 del 10.12.2008) in proposito si è così espressa:

“Nulla è stato disposto, dunque, dal legislatore in merito alla possibilità di avvalersi da parte di un operatore economico dei requisiti soggettivi tra i quali, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, rientrano anche le certificazioni di qualità.

In particolare la giurisprudenza amministrativa considera le certificazioni di qualità requisito soggettivo e, come tale, non oggetto di avvalimento, poiché le stesse sono volte ad assicurare che l’impresa svolga il servizio secondo un livello minimo di prestazioni, accertato da un organismo qualificato”.

Per completezza, comunque, vale la pena fare cenno alla posizione di quella parte della giurisprudenza secondo la quale nella particolare ipotesi di consorzi stabili non vi sarebbe alcun impedimento all’ammissibilità dell’avvalimento di certificazioni di qualità del sistema.

Secondo alcune pronunce “... essendo evidente che il principio dell’avvalimento, nella sua accezione rafforzata dalla stabilità del legame strutturale tra Consorzio e consorziata, consente al primo di fare correttamente riferimento alla certificazione di qualità facente capo alla seconda, indicata come esecutrice del servizio in caso di aggiudicazione” (in tal senso si veda CdS, V, 13.2.2006, n. 383).

In altre parole, ciò che distinguerebbe l’ipotesi dei consorzi stabili dalle altre sarebbe proprio la stabilità del legame esistente fra consorzio e consorziata, caratteristica questa che consentirebbe al primo, almeno in alcuni casi, di partecipare dei requisiti della seconda e, poiché la certificazione del sistema di qualità è il presupposto per le qualificazioni per l’esecuzione delle imprese, il consorzio stabile, che si qualifica tramite le qualificazioni conseguite dalle consorziate, inevitabilmente sarebbe da ritenere *per relationem* in possesso delle certificazioni del sistema di qualità rilasciate alle sue consorziate (in tal senso TAR Campania, Na, VIII, 22.5.2009, n. 2855).

Sembra lecito, tuttavia, domandarsi se un tale meccanismo non operi in virtù della struttura e della funzione dei consorzi stabili, più che per l’utilizzo dell’avvalimento.

Infatti, se nell’ambito dei consorzi stabili la certificazione di qualità del sistema, benché sia un requisito soggettivo, può ben essere posseduta anche da uno solo dei consorziati (come anche sostenuto dall’Autorità di Vigilanza con determinazione 16.7.2002, n. 15), sembra ovvio concludere che in casi del genere non si ponga proprio il problema di ricorrere ad un soggetto terzo (come nell’avvalimento) per reperire i requisiti eventualmente mancanti al concorrente.

Alla luce di tutto quanto sopra, è possibile constatare come ad oggi l’istituto dell’avvalimento, introdotto oramai da qualche anno nella normativa delle opere pubbliche, sollevi

ancora non pochi profili critici con riferimen-
to alla sua stessa applicabilità e con riferi-
mento all'analisi, allo studio ed alla versatilità

di tutti gli ulteriori istituti con cui esso può
interagire.

«.....GA.....»

L'ADEGUAMENTO ALLA DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA. LA NUOVA NORMATIVA ED IL REGIME TRANSITORIO

dell' Avv. Massimo Ragazzo

1. *L'adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. La nuova normativa ed il regime transitorio.* 2. *La disciplina recata dai nuovi commi 3, 4, 4 bis e 8, lett. a) dell'art. 15.* 3. *Quanto potrà essere efficace e funzionale la nuova disciplina? Carenze ed incongruità dell'art. 15.* 4. *La gestione in house: suo carattere residuale o soltanto derogatorio rispetto alla regola della gara?* 5. *Il principio di tutela della concorrenza e quello di auto-organizzazione o di autonomia istituzionale.* 6. *Conclusioni*

1. L'adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. La nuova normativa ed il regime transitorio.

Il Governo è ritornato – a 5 anni di distanza dalla revisione precedente – sulla disciplina dei servizi pubblici locali con due interventi, la l. 133 del 2008, art. 23 bis e il d.l. n. 135/2009, art. 15, che introduce numerose correzioni all'art. 23 bis, rendendolo finalmente applicabile.

Si tratta del consolidamento di alcune regole fondamentali, da considerare con favore. Restano tuttavia aspetti critici non secondari.

L'opportunità di intervenire con una disciplina di carattere generale, a fronte di servizi pubblici locali molto diversi tra loro, è stata contestata soprattutto dagli economisti.

A ben vedere i principi fondamentali della materia (pubblicità, trasparenza, status delle società pubbliche ed altri), ben possono essere comuni a tutti, ma resta però la necessità di discipline settoriali.

Il governo non ha seguito questa linea: ha dettato una disciplina impostata come generale, ma al contempo ha esentato determinati settori, per ragioni diverse, vuoi per mantenere una maggiore concorrenzialità già consolidata (gas), vuoi invece per proteggerli dalla concorrenza (ferrovie regionali, energia, nonché, da ultimo, la gestione delle farmacie comunali). Ragioni di comodo, diciamo così, e neppure nuove.

Il settore del gas naturale è stato espressamente escluso con l'art. 30, co. 26, della l. n.

99/2009; ora, con l'art. 15 cit., l'energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali ed il trasporto ferroviario regionale sono esclusi, mentre sono soggetti alla “nuova” disciplina del 23 bis tutti gli altri settori (trasporto su gomma, ciclo idrico e ciclo dei rifiuti, oltre agli altri “innominati”).

Resta esclusa inoltre l'energia elettrica, che a rigore non è un servizio pubblico locale.

L'art. 15 consolida il rapporto regola (gara)/deroga (*in house*) introdotto dall'art. 23 bis del 2008: l'affidamento della gestione avviene di regola con gara e solo in casi eccezionali si può ricorrere alla gestione *in house*.

Ne deriva un fatto certamente positivo: si può considerare risolto l'interrogativo, se gli enti locali debbano motivare la scelta della gestione *in house* o se una tale decisione rientri nella loro autonomia. Sentenze recenti avevano già affermato l'obbligo di motivare il mancato ricorso al mercato (si possono citare per tutti il parere n. 456/2007 del CdS e la decisione dell'Ad. Plen. n. 1 del 2008); ora non si può più dubitare che una motivazione in ogni caso debba esserci, e soprattutto che quella motivazione debba riguardare la situazione di mercato per quello specifico servizio.

2. La disciplina recata dai nuovi commi 3, 4, 4 bis e 8, lett. a) dell'art. 15.

Osserviamo le disposizioni dell'art. 15 del d.l. 135/2009 che riguardano gli affidamenti *in house* di servizi pubblici locali.

I primi commenti al decreto legge hanno sottolineato come esso introduca per l'*in*

house ulteriori restrizioni e limiti.

Un elemento che viene portato a sostegno dei maggiori limiti o vincoli alle gestioni *in house* è l'aggettivo "eccezionali" aggiunto al co. 3 dopo il sostantivo "situazioni".

È evidente che quell'aggettivo non aggiunge nulla di sostanzialmente nuovo al quadro normativo pregresso, ma esso rivela chiaramente l'approccio alla materia da parte del legislatore nazionale.

Va, comunque, osservato quanto segue:

a) anzitutto che al co. 3 si indica espressamente "la gestione *in house*" mentre nel precedente testo dell'art. 23 *bis* si parlava solo di "forme rispettose della disciplina comunitaria"; espressione quanto meno ambigua ed oscura.

b) nemmeno l'indicazione dei tre requisiti richiesti alle società *in house* (capitale interamente pubblico, controllo analogo, prevalenza dell'attività svolta con l'ente che la controlla) nulla aggiunge e nulla toglie all'ordinamento attuale.

c) al co. 4 si è depennato il richiamo alle autorità di regolazione del settore che avrebbero dovuto esprimersi sulla scelta dell'*in house*, in aggiunta al parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato. La procedura risulta quindi semplificata.

Ricordiamo che, per le aziende del settore idrico, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici aveva avviato una propria indagine giungendo a conclusioni favorevoli alle società circa la sussistenza dei requisiti *in house* (deliberazione n. 24 del 4.4.2009), in contrasto con il parere dell'Antitrust (segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato AS361 del 4.10.2006).

d) si è aggiunto un comma: il 4 *bis*, che riprendendo il testo della bozza di regolamento, aveva stabilito che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al co. 4.

Ebbene, in sede di conversione, il Senato ha affidato ai regolamenti governativi di cui al co. 10 dell'art 23 *bis* del d.l. n.112/08 l'individuazione di tali soglie.

Con tutta probabilità si tratterà di soglie assai ridotte, tali cioè da non sollecitare in al-

cun modo la concorrenza.

e) Può certamente essere indicato come nuovo limite dell'*in house* la norma del co. 8, lett. a), che stabilisce la cessazione al 31.12.2011 delle gestioni *in house* esistenti alla data del 22.8.2008, anche se conformi ai principi comunitari (quelle difformi cessano al 31.12.2010, senza necessità di apposita deliberazione da parte dell'ente).

3. Quanto potrà essere efficace e funzionale la nuova disciplina? Carenze ed incongruità dell'art. 15.

Quanto potrà essere efficace e funzionale la nuova disciplina?

Ebbene, tutto sta nel far sì che i casi in cui può essere consentito il ricorso all'autoproduzione del servizio attraverso una società pubblica controllata dallo stesso ente locale restino effettivamente dei casi eccezionali.

Ed è qui il punto debole. Il ricorso elaborato dal legislatore presenta infatti delle difficoltà intrinseche.

I servizi pubblici considerati obbligatori dalla legge nonché quelli che gli enti locali decidono autonomamente di assumere (ad esempio i parcheggi) devono essere erogati e deve essere assicurata la continuità dell'erogazione. Se alla gara – correttamente bandita – non si presentano concorrenti, è necessario ricorrere eccezionalmente ad altro sistema che assicuri la prestazione del servizio. È un problema che si può presentare anche negli appalti pubblici di qualsiasi tipo, nei quali, per tale ipotesi, è prevista la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando (artt. 57 e 221 del codice appalti).

Viceversa, nel caso dei servizi pubblici, il rimedio previsto in mancanza di un'adeguata offerta da parte del mercato non è la procedura negoziata, o altro, bensì la gestione diretta con propria impresa.

Precisamente, il co. 3 dell'art. 23 *bis* come modificato dall'art. 15 prevede la possibilità di scegliere la gestione diretta solo nelle "situazioni eccezionali" in cui non sia possibile "un efficace ed utile ricorso al mercato".

Circostanza che, per il legislatore, potrebbe verificarsi per "peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento" (co. 3 dell'art. 23 *bis*, non modificato su

questo punto dall'art. 15). L'ente locale deve effettuare "un'analisi di mercato" e produrre una relazione, sulla base di tale analisi, all'Autorità garante, la quale ha 60 giorni di tempo per esprimere il proprio parere preventivo. Se non lo esprime nel termine, lo si intende favorevole (co. 4 dell'art. 23 bis, parzialmente modificato dall'art. 15).

Un'analisi di mercato consiste semplicemente nel rilevare se vi sono imprese idonee che possano essere interessate a quello specifico servizio. Il fatto poi che tali imprese vi siano, dipende (quasi esclusivamente) dalle condizioni del servizio (tariffe, canoni, copertura oneri sociali, trattamento del personale), stabilite dall'ente locale che ne è responsabile. Se le condizioni sono tali per cui risultano possibili la copertura delle spese e un ragionevole utile d'impresa, è impossibile che non vi siano imprese interessate.

Se le condizioni non sono note, e l'ente locale chiede una generica manifestazione d'interesse, è di nuovo impossibile che non vi siano imprese interessate.

Ma il legislatore non ha voluto questo.

Il legislatore ha proprio voluto evitare che l'ente locale fosse costretto a predisporre un bando e ad espletare una gara a vuoto prima di percorrere un'altra strada istituzionale. La norma serve per consentire all'ente locale di scegliere la gestione *in house* sulla base della ragionevole previsione che, stanti "le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento" e in rapporto a quel determinato servizio, il ricorso al mercato *non sarebbe ed utile ed efficace*.

L'impressione è che la deroga (consentire ancora in qualche caso la gestione *in house*) sia precostituita e non meditata in dipendenza della situazione in cui si viene a trovare di volta in volta l'ente locale.

A mio avviso, sarebbe stata una soluzione più coerente e conforme al diritto comunitario prevedere una procedura negoziata o in altro modo derogatoria, ma comunque diretta a reperire sul mercato un'altra impresa, che è poi il metodo seguito dal codice dei contratti pubblici.

D'altra parte, la scelta di aggiungere ulteriori condizioni per gli affidamenti diretti - in aggiunta a quelle richieste in ambito europeo

- rischia *a)* di discriminare oltremodo tali tipi di affidamenti (e questa è un'ulteriore critica sulla quale tornerò in seguito) e *b)* di appesantire il procedimento con la "prova diabolica" della sussistenza di ragioni economiche, sociali, geomorfologiche e territoriali che impedirebbero il ricorso al mercato.

Alle intrinseche difficoltà del percorso immaginato dai co. 3 e 4 dell'art. 23 bis, confermato con integrazioni dal sopravvenuto art. 15, si aggiungono alcune previsioni specifiche che possono avere l'effetto di rendere il requisito della motivazione poco più che formale. Secondo il testo del d.l. del Governo, vi è soltanto l'AGCM, che ha 60 giorni di tempo per emettere un parere, in ogni caso non vincolante. Se il parere non viene espresso, si intende favorevole. Essendo il parere "preventivo", esperita questa procedura e spirato il termine, l'ente può assumere definitivamente la propria determinazione, con l'onere di motivare - aggiungo io - se dissente dal parere dell'Autorità.

A questo punto, va considerata l'interpretazione che l'Autorità stessa dà della propria funzione: il Presidente ha già espresso l'opinione, riferita al 23 bis, che il giudizio di non adeguatezza dell'ipotesi fatta dal governo locale sia un giudizio di 2° grado, non avendo l'Autorità competenze istruttorie; in altre parole, il controllo dell'AGCM si risolve in un mero controllo "esteriore", limitandosi a riesaminare la motivazione dell'ente locale, per valutarne ragionevolezza, non contraddittorietà e completezza.

Dunque, quella che va considerata una grave carenza della nuova disciplina e, più in generale, dell'indirizzo del Governo, è proprio il mancato coinvolgimento delle Autorità di regolazione settoriali.

Infatti, il tema della gamma delle diverse soluzioni contrattuali (procedura *aperta, ristretta, con o senza previa pubblicazione di un bando*), che, come abbiamo detto, esiste già negli appalti, ma non nelle concessioni di servizi pubblici, quello della gestione delle gare e, prima ancora, dell'applicazione del co. 3 (motivazione della decisione di non far luogo alla gara) avrebbe richiesto l'esistenza dell'autorità di regolazione di settore. Sappiamo invece che il riferimento alle autorità di settore è scomparso dal co. 3 e che il tema

della loro introduzione non è affatto all'ordine del giorno, per non dire che appare abbandonato.

*“Il tutto sarebbe più credibile se la definizione ed applicazione di queste regole fosse affidata ad un soggetto indipendente, lontano da pressioni politiche contingenti, al quale sia attribuito, tra gli altri, il compito di definire le regole contabili per calcolare i costi e dunque i ricavi spettanti al gestore, approvare le revisioni tariffarie nonché valutare la sostenibilità economico-finanziaria delle gestioni”*¹

4. La gestione *in house*: suo carattere residuale o soltanto derogatorio rispetto alla regola della gara?

Si è, dunque, visto che l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, sia prima che dopo le modifiche introdotte dall'art. 15 del d.l. 135/2009, stabilisce che, in deroga alle modalità ordinarie (mediante procedure competitive ad evidenza pubblica), l'affidamento può avvenire in favore di società interamente pubbliche che abbiano i requisiti per la gestione *in house*.

Ora, non sarebbe corretto concludere che la norma legittima l'accesso al sistema dell'*in house providing* unicamente in caso di assenza o fallimento del mercato medesimo.

In altri termini, l'«analisi del mercato» contemplata dall'art. 23 *bis*, co. 4 del d.l. n. 112/2008 non può consistere nell'accertamento dell'assenza, nel singolo caso di specie, delle condizioni di contendibilità del servizio (per mancanza di redditività); essa, piuttosto, rappresenta il documento che deve fornire puntuale esplicitazione della sussistenza dei presupposti dell'affidamento diretto indicati dal co. 3; ove, lo si sottolinea, le peculiari «caratteristiche economiche» sono solo uno degli elementi (accanto alle condizioni sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento) che la legge pretende che vengano considerati dall'ente locale quando esso decide di accedere alla modalità di affidamento in deroga alla regola della procedura competitiva ad evidenza pubblica.

In sostanza, attraverso la prescritta “*analisi*

¹ Così MASSARUTTO, Docente di Economia Pubblica Università di Udine.

si”, l'amministrazione è tenuta a dimostrare che la situazione del caso di specie – dal punto di vista dell'ente locale e degli interessi pubblici rimessi alla sua cura – non permette «un efficace e utile ricorso al mercato»: vale a dire che l'esternalizzazione non costituisce la soluzione preferibile per la gestione del servizio pubblico.

I risultati dell'analisi del mercato sono, pertanto, da valutare in un'ottica non di solo imperativo economico, ma, più in generale, di interesse pubblico da conseguire.

A mio avviso, questa interpretazione è coerente con la circostanza che, nel diritto comunitario, di cui l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/08 si autodefinisce applicativo, la modalità di gestione *in house* non è residuale – praticabile unicamente in ipotesi estreme – bensì (solo) derogatoria rispetto alla regola della gara. Ciò significa che, per l'ordinamento europeo, l'*in house providing* è istituito al quale è sempre possibile ricorrere, previo rigoroso accertamento della sussistenza di tutti i requisiti della fattispecie, come dapprima individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e poi ripetuti anche dalle altre istituzioni comunitarie. In questo senso, basti ricordare che, anche nella recente “*Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*” (PPPI) del 5.2.2008, cit., si ribadisce come «nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi». E ciò sulla scia della costante giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha a sua volta rilevato come l'Autorità pubblica «ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»: così la sentenza della Sez. I, 11.1.2005, nel procedimento C-26/03 (*Stadt Halle*).

Sicché, queste nuove, rigorose condizioni richieste per utilizzare l'istituto dell'affidamento *in house* appaiono sproporzionate rispetto ai requisiti fissati in sede comunitaria, se si tiene conto del rilevante *vulnus* che arrecano all'autonomia degli enti locali, la quale,

non solo è costituzionalmente riconosciuta, ma (come dirò tra un po') è anche attentamente considerata dalle Istituzioni comunitarie. Dunque, una ricostruzione in senso *derogatorio* (e non *eccezionale*) del ruolo assegnato all'*in house* dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, sarebbe – oltre che coerente con il diritto comunitario – anche rispettosa dell'autonomia locale affermata a livello costituzionale.

Invero, se si volesse addivenire ad un'interpretazione dell'art. 23 bis, coo. 3 e 4, del d.l. n. 112/2008 così rigida da ritenere che agli enti locali è lasciata – se non in ipotesi del tutto marginali – la sola possibilità del conferimento della gestione dei servizi pubblici mediante gara (benché con la variante della società mista), non potrebbe non insinuarsi (come da taluni già adombrato) il dubbio di un contrasto con gli artt. 5 e 114 della Costituzione, perché la legge dello Stato «*può regolare l'autonomia degli enti locali, ma non mai comprimerla fino a negarla*» (C. cost., 26.6.2007, n. 238).

In sostanza, il potere delle Comunità locali di dare a se stesse un indirizzo di organizzazione (potere di autodeterminazione) può essere limitato in talune sue estrinsecazioni ma non può essere eliminato del tutto. Una siffatta interpretazione appare inoltre coerente con gli «*obblighi internazionali*» al cui rispetto il legislatore interno è vincolato anche ai sensi dell'art. 117, co. 1 della Costituzione ed in particolare con i contenuti della Carta europea dell'autonomia locale, ratificata dallo Stato italiano con l.30.12.1989, n. 439 (ivi si stabilisce, tra l'altro, che «*per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità e a favore delle popolazioni, una parte importate degli affari pubblici*» (art. 3, par. 1); essa comporta, in particolare, che «*le collettività locali devono poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi*» (art. 6, par. 1).

5. Il principio di tutela della concorrenza e quello di auto-organizzazione o di autonomia istituzionale.

Talune recenti decisioni del giudice ammi-

nistrativo fanno espressamente riferimento all'*in house* quale fattispecie *residuale* (TAR Campania, I, 13.9.2006, n. 8055) ed altre, seppure non si esprimano in questi termini, tuttavia circoscrivono l'applicazione dell'istituto ad ambiti così angusti da relegarlo – in definitiva – nel campo della marginalità (v. ad es. TAR Lazio, II bis, 9.1.2007, n. 72; ma in questa direzione, si veda anche la citata segnalazione dell'AGCM AS361 del 4.10.2006, ove si fa riferimento alla necessità di «*delimitare rigorosamente le possibili eccezioni alla regola generale della gara ad evidenza pubblica*»).

Ed anche il legislatore, con la recente riforma ha chiaramente inteso ridurre l'*in house providing* ad applicazioni del tutto marginali.

Senonché, queste posizioni non trovano riscontro nelle pronunce rese dalla Corte di Giustizia europea.

Infatti, in tutte le occasioni in cui è stato chiamato ad esprimersi sul tema, il Giudice comunitario ha sempre riconosciuto la legittimità dell'accesso, da parte dell'amministrazione, al modello dell'*in house providing*, alla sola condizione della contestuale ricorrenza dei tre requisiti conformanti la fattispecie:

- a) il capitale interamente pubblico della società;
- b) l'esercizio sulla società, da parte dell'ente o degli enti pubblici titolari del capitale sociale, di un controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi interni;
- c) la realizzazione, ad opera della società, della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Sicché, per la C. giust. CE, stante il carattere derogatorio dell'*in house*, è necessario il rigoroso accertamento, ai fini della legittimità dell'affidamento diretto, della contemporanea sussistenza dei tre indicati elementi; ma una volta che essi siano ravvisabili, il ricorso all'istituto non incontra limiti per il diritto europeo.

Per la Corte di giustizia, il modello dell'*in house providing* è contemplato da norme che *derogano* ad altre norme (quelle in tema di gare). In quanto istituto derogante, le condizioni necessarie ad integrare la gestione *in*

house “devono essere interpretate restrittivamente” (C. giust. CE, I, 6.4.2006, in causa C-410/04), in coerenza, del resto, con il principio di diritto interno formalizzato nell’art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

Peraltro, se il quadro di riferimento è quello del rapporto tra norma *derogata* e norma *derogante*, l’esito non può che essere la coesistenza nell’ordinamento di regola ed eccezione: l’applicabilità dell’una o dell’altra dipende unicamente dall’avverarsi, nel caso concreto, dei rispettivi presupposti.

In definitiva, il modulo dell’*in house providing* si colloca nell’ordinamento comunitario quale istituto speciale rispetto ad un principio generale di quell’ordinamento e cioè quello dell’autoproduzione di attività da parte della pubblica amministrazione a mezzo delle proprie strutture.

Dunque, in merito alla ritenuta eccezionalità dell’*in house* (con conseguente demonizzazione o marginalizzazione degli affidamenti diretti), si può evidenziare come tale istituto, in realtà, più che una eccezione al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, sia, semmai, l’espressione di un principio generale, ben conosciuto sia nel diritto comunitario sia nell’ordinamento nazionale. Si tratta del *principio di auto-organizzazione o di autonomia istituzionale*, in virtù del quale gli enti pubblici (soprattutto gli enti locali dotati di un’autonomia costituzionalmente garantita) possono organizzarsi nel modo da essi ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali.

Pertanto, il principio di tutela della concorrenza non sembra sufficiente a giustificare l’operato del legislatore italiano, proprio perché il tema della concorrenza è strettamente legato alle competenze normative comunitarie, eppure è proprio in tale sede che è emerso e si è consolidato il modello di affidamento *in house*!

Il *principio di autonomia istituzionale* è stato più volte affermato a livello comunitario.

Anzitutto, da ultimo, è stata la stessa sentenza *Stadt Halle* dell’11.1.2005 a sottolineare che la scelta dell’affidamento *in house* rientra nella potestà auto-organizzativa dell’ente: “Un’autorità pubblica, che sia

un’amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”.

Nella risoluzione 14.1.2004 del Parlamento europeo concernente il “Libro verde sui servizi di interesse generale [COM (2003) 270-2003/2152(INI)]”, al punto 35, si formula l’auspicio che, “in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di “autoprodurre” in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l’operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato”. Ed ancora: [il Parlamento europeo] “chiede ... che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d’appalto qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi”.

Si rammenti, poi, quanto rilevato dalla Commissione al punto 4.3. nel Libro bianco sui servizi di interesse generale del 12.5.2004: “In linea di principio gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità per decidere come organizzare i servizi di interesse generale. In assenza di un’armonizzazione a livello comunitario, le autorità pubbliche competenti degli Stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato)”.

Nella più recente risoluzione 26.10.2006 del Parlamento europeo sui “Partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni [2006/2043 (INI)]”, (al p.to 41), dopo aver sottolineato “che deve essere attentamente considerato e dunque distinto il caso in cui le società di economia mista eseguono prestazioni, per conto e nel contesto di compiti della autorità pubblica organizzatrice, che sono principalmente finanziate o garantite da quest’ultima”, si enunciano due importanti concetti. Si “respinge l’applicazione della legislazione in materia di appalti nei casi in cui gli enti locali intendono svolgere compiti nel

loro territorio assieme ad altri enti locali nell'ambito di una riorganizzazione amministrativa, senza offrire a terzi operanti sul mercato la fornitura dei servizi in questione" (p.to 46.) e si "ritiene tuttavia necessaria l'applicazione della normativa sugli appalti quando gli enti locali offrono prestazioni sul mercato alla stregua di un'impresa privata nel contesto della cooperazione tra enti locali o fanno eseguire compiti pubblici da imprese private o da altri enti locali" (p.to 48).

Con specifico riferimento alle autonomie locali, il principio di autonomia istituzionale viene espressamente sancito dalla Carta europea dell'autonomia locale del 15.10.1985, ratificata dalla maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa (STCE, n. 122), che all'art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono «poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace».

Inoltre, l'importanza dell'autonomia locale viene sottolineata attraverso la sua espressa menzione nell'art. I-5, n. 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29.10.2004.

Quanto segnalato a livello comunitario trova riscontro in una non recente ma assai significativa decisione del CdS. Si tratta della sentenza CdS, V, 23.4.1998, n. 477 (ma se ne potrebbero citare molte altre), ove – delineando esattamente i caratteri dei vari istituti giuridici nella materia che, oggi, è considerata dalle norme che qui si commentano – si afferma: "L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato [...] La tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a riconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Pertanto non si spinge sino a giustificare un sindacato sulle scelte legislative o amministrative che consentano ai pubblici poteri, nel produrre ed offrire servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni de-

stinate alla collettività per il tramite del mercato.[...]. Se la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi o razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo. [...]. Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione".

Ma si veda anche, sempre sulla mera alternatività tra gara ed affidamento "in house providing" la sentenza CdS, V, 23.10.2007 n. 5587.

Non si può trascurare, poi, che l'ampiezza della capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni sia ora affermata, in termini generali, dall'art. 1, co. 1 bis, della l. n. 241/1990, nel testo introdotto dalla l. n. 15/2005.

Particolarmente significative, in quest'ottica di valorizzazione dell'autonomia organizzativa delle PA, non scalfita dal diritto comunitario degli appalti, sono, le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nella causa *Parking Brixen*: "Se si applicasse la disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate al 100%, le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità limitata non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera riorganizzazione interna. Al relativo ente resterebbe soltanto l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia. In taluni casi le società controllate esistenti potrebbero addirittura essere ritrasformate in aziende autonome.

6. Conclusioni.

In definitiva, può sostenersi che l'*in house*, in quanto espressione del principio generale

di auto-organizzazione o di autonomia istituzionale, può operare anche nel settore delle concessioni, in un rapporto di mera alternatività con la gara.

Del resto, come detto, l'*in house* non è un contratto cui eccezionalmente non si applicano le regole dell'evidenza pubblica, ma è un "*non contratto*", proprio perché manca una relazione intersoggettiva necessaria per dar vita ad un rapporto contrattuale.

Ora, coloro che hanno accolto con favore le novità legislative in commento, osservano che tanto in queste norme quanto in quelle che le hanno precedute l'orientamento verso le gare non è stato né completo né rigoroso, e che sarebbe stata preferibile un'immediata e generalizzata apertura del mercato alla concorrenza.

Non v'è dubbio che dalla riforma ci si attendono miglioramenti di efficienza, ma spesso il passaggio dall'affidamento diretto alla gara porta con sé anche una maggiore complessità regolatoria e un aumento dei costi di transazione.

La principale condizione affinché il miglioramento di efficienza da potenziale divenga reale è che il mercato presenti un sufficiente spessore.

Ma è chiaro che ci sono mercati e mercati e che la scelta di dettare una disciplina generale indifferenziata, ovvero a prescindere dal settore di riferimento, non è proprio felice.

Pertanto, tenendosi alla larga da posizioni di stampo ideologico e facendo ricorso semplicemente alla ragionevolezza, non escludo che, nella prospettiva di un "*ispessimento*" del mercato, la scelta migliore possa risultare il passaggio temporaneo per un affidamento *in house*, nel corso del quale gli enti locali potrebbero nel frattempo cercare di migliorare i propri strumenti di controllo.

Ovviamente, spetta alle regioni e agli enti

locali valutare se vi sono spazi per la concorrenza, piena o limitata che sia.

In passato, però, i risultati sono stati spesso negativi a causa:

a) del conflitto di interessi interno agli enti locali stessi, poiché la prima vittima dell'apertura del mercato sarebbe proprio il monopolista pubblico locale;

b) della autoreferenzialità dell'analisi, dato che gli spazi per l'apertura al mercato dipendono da un contesto - istituzionale, infrastrutturale, di regole, di scelte - condizionato dallo stesso soggetto che affida il servizio;

c) dell'assenza di un vaglio dei risultati da parte di un soggetto istituzionale terzo (e qui torno alla critica del mancato coinvolgimento delle *Authorities* settoriali).

Spesso seguire la strada di una liberalizzazione forzata per legge espone a rischi di rigetto che possono vanificare i risultati.

Si pensi, a tale riguardo, a due diverse esperienze: da un lato, quella del trasporto pubblico locale, per il quale la legge (il d.lgs. n. 422/1997 "*Burlando*") ha previsto la gara come unica forma di affidamento.

Dopo dodici anni questa norma non è ancora divenuta obbligatoria e le poche gare effettuate hanno visto immancabilmente il prevalere delle *ex* municipalizzate.

Per quanto riguarda, poi, il servizio idrico integrato, il 70% delle gare indette per la scelta del gestore o anche solo per la selezione del socio privato nelle società miste è andata deserta o ha avuto la presenza di un solo partecipante.

Ciò, naturalmente, non significa che sia impossibile un'effettiva e completa apertura del mercato alla concorrenza.

Tuttavia, occorre sempre osservare il reale spessore del mercato di riferimento per evitare di passare da una situazione di monopolio all'altra.

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA -

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Parere n. 121 del 5.11.2009 dell'Autorità di Vigilanza in merito al procedimento di valutazione delle offerte anomale.

In materia di procedimento di valutazione di offerte anomale, l'Autorità di Vigilanza si è espressa con il parere n. 121 del 5.11.2009 declinando il seguente principio: *“in tema di gare per l'affidamento di appalti pubblici in via generale la Stazione appaltante non ha discrezionalità nella fase preliminare di individuazione delle offerte anomale, che sono già individuate ex lege, secondo i parametri indicati dall'art. 86 coo. 1 e 2, del d. lgs. n. 163/2006, ma ciò non la esime dal seguire il subprocedimento disciplinato dai successivi artt. 87 e 88, concernente la verifica in contraddittorio in ordine alla sussistenza in concreto dell'anomalia”*.

L'Autorità è stata chiamata ad esprimersi in ordine alla correttezza del procedimento di valutazione delle offerte anomale seguito da una stazione appaltante in ordine all'appalto di servizi di importo superiore alla soglia comunitaria e da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso. In sostanza era accaduto che la commissione giudicatrice, dopo aver applicato il c.d. *“taglio delle ali”* ai fini del calcolo della soglia di anomalia, individuava le offerte anomale tra quelle rimaste, giudicando anomala anche l'offerta dell'impresa che, per l'appunto, si è poi rivolta all'Autorità; offerta questa che, pur non rientrando nelle ali superiori, risultava comunque anomala.

Infatti, la stazione appaltante aveva proceduto all'automatica esclusione delle offerte anomale, anziché procedere alla verifica dell'anomalia in contraddittorio, aggiudicando provvisoriamente l'appalto in favore della asserita prima offerta non anomala, così concretando, a giudizio dell'impresa istante che era stata esclusa, la violazione delle norme e dei principi vigenti in tema di pubbliche gare in ordine alla verifica in contraddittorio dell'anomalia.

L'Autorità ha ritenuto fondata la doglianza dell'impresa esclusa e, quindi, non corretto

l'operato della Stazione appaltante, sulla base delle seguenti considerazioni.

L'attuale contesto normativo, nel recepire le indicazioni comunitarie prevede, per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria come quello in esame, che nel caso di gara da effettuarsi secondo il criterio del prezzo più basso, una volta determinata la relativa soglia di anomalia (*ex art. 86, co.1, del d. lgs. n. 163/2006*) l'aggiudicazione debba essere preceduta dalla verifica dell'eventuale anomalia delle offerte secondo la procedura di cui agli artt. 86, 87, 88 del d. lgs. n. 163/2006 (cfr. ad es. delib. n. 189/2007).

Ai sensi dell'art. 88, co. 4, del citato d. lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante, prima di escludere l'offerta ritenuta eccessivamente bassa, convoca l'offerente e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile. Detta disposizione discende dal principio comunitario, cui si ispira tutta la disciplina delle norme in esame, sulla impossibilità di “rifiutare” le offerte se non a seguito di una valutazione di merito, da effettuarsi in contraddittorio con l'offerente, tesa a valutare la loro congruenza rispetto alle prestazioni da eseguire. Solamente nel caso in cui l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

Si è evidenziato, inoltre, che la fase del contraddittorio deve intervenire successivamente alla comunicazione all'impresa concorrente del carattere anomalo della propria offerta, né la stazione appaltante può limitare la facoltà dell'impresa medesima di manifestare tutte le giustificazioni reputate utili a chiarire il contenuto dell'offerta stessa, al fine di render nota, in base all'organizzazione aziendale, l'assenza della supposta anomalia.

In definitiva, in tema di gare per l'affidamento di appalti pubblici in via generale la Stazione appaltante non ha discrezionalità nella fase preliminare di individuazione delle offerte anomale, che sono già individuate *ex lege*, secondo i parametri indicati dall'art. 86 coo. 1 e 2, del d. lgs. n. 163/2006, ma ciò non

la esime dal seguire il subprocedimento disciplinato dai successivi artt. 87 e 88, concernente la verifica in contraddittorio in ordine alla sussistenza in concreto dell'anomalia.

Nel caso esaminato dall'Autorità, quindi, si è avuto modo di rilevare come la stazione appaltante non avesse correttamente provveduto all'attivazione di tale procedimento di verifica delle offerte reputate anomale dopo la determinazione della relativa soglia ai sensi dell'art. 86, co. 1, del d. lgs. n. 163/2006, in quanto, individuata tale soglia di anomalia secondo la procedura delineata nel predetto co. 1 - ossia in virtù dell'esclusione fittizia delle ali estreme ai fini del computo aritmetico della media (c.d. taglio delle ali) - non ha poi sottoposto a verifica tutte le offerte anomale, comprese quelle collocatesi in tali ali estreme, come sarebbe stato doveroso (cfr.: in tal senso CdS, V, 30.8.2004, n. 5656, riferita all'art. 21, co. 1 *bis* della l. 11.2.1994, n. 109 e s.m., poi trasfuso nell'art. 86, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006) e si è, invece, limitata ad escludere automaticamente queste prime offerte più basse e a procedere alla verifica in contraddittorio della eventuale anomalia della ulteriore offerta più bassa, individuata in quella presentata dall'impresa risultata illegittimamente aggiudicataria.

Parere n. 122 del 5.11.2009 dell'Autorità di Vigilanza: ancora in merito al procedimento di valutazione delle offerte anomale.

Sempre in tema di procedimento di valutazione della congruità dell'offerta, l'Autorità si è espressa anche in riferimento ad un appalto (nello specifico si trattava di affidare un incarico professionale per l'adeguamento degli impianti di pubblica illuminazione di un ente locale) da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche in questo caso, la stazione appaltante non aveva attivato il meccanismo di verifica dell'anomalia delle offerte; procedimento che, invece, era stato poi avviato solo a seguito della segnalazione pervenuta all'Autorità.

Ciò posto, il comportamento della Stazione appaltante è stato ritenuto contraddittorio in quanto, dopo che la stessa aveva verificato la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 86, co. 2, del d. lgs. n. 163/2006 per sottoporre a verifica l'offerta contestata, stante appun-

to l'accertato superamento del parametro dei 4/5 dei punti massimi previsti dal bando, non aveva poi in concreto proceduto alla formale attivazione del procedimento di verifica. Né è risultato aver, prima di disporre l'aggiudicazione, acquisito e quindi specificamente valutato le giustificazioni prodotte, in merito alle quali il provvedimento conclusivo avrebbe dovuto svolgere un'adeguata motivazione esplicativa, quantomeno *per relationem*, delle ragioni sottese alla reputata sufficienza ad escludere la presunta anomalia.

Da ciò ne è derivata la conclusione che il comportamento della stazione appaltante non è apparso conforme alla normativa vigente in tema di appalti pubblici, a tenore della quale, una volta determinata la relativa soglia di anomalia, - nel caso di specie *ex art. 86, co. 2* del d.lgs. 163/2006, trattandosi di gara basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - l'aggiudicazione deve essere preceduta dalla verifica della "*congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara*" secondo la procedura di cui agli artt. 86, 87, 88 del d. lgs. n. 163/2006 e dall'esplicazione in sede motivazionale delle valutazioni svolte.

L'Autorità ha avuto modo, inoltre, di ribadire che l'amministrazione deve svolgere il giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta e che gli apprezzamenti compiuti in sede di riscontro dell'anomalia delle offerte costituiscono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità, che rientra tra le prerogative della stazione appaltante e, in particolare, della commissione giudicatrice (si vedano, altresì, i pareri n. 169/2008 e n. 213/2008), salvo non emergano evidenti vizi di ricostruzione dell'iter logico-argomentativo.

Parere n. 127 del 5.11.2009 dell'Autorità di Vigilanza in merito alla formulazione delle cause di esclusione negli atti di gara.

Con il parere in epigrafe l'Autorità ha ribadito il principio secondo cui si può proce-

dere all'esclusione di un concorrente solo quando la *lex specialis* di gara contenga la relativa prescrizione e questa sia formulata in maniera chiara e non equivoca.

Era accaduto che in sede di gara non erano stati esclusi alcuni concorrenti che avevano ommesso di indicare, ai fini dell'acquisizione d'ufficio del DURC, i dati di cui al modello unificato INAIL-INPS-CASSA EDILE, compilato nei quadri "A" e "B" oppure, in alternativa, l'indicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato, per l'INAIL: codice ditta, sede territoriale dell'ufficio di competenza, numero di posizione assicurativa, per l'INPS: matricola azienda, sede territoriale dell'ufficio di competenza, per la CASSA EDILE: codice impresa, codice e sede cassa territoriale di competenza.

Al riguardo, la stazione appaltante aveva precisato di non aver proceduto all'esclusione delle suddette imprese, in quanto, come riportato nei verbali di gara, le richiamate informazioni o relativa documentazione, richieste dal disciplinare di gara, venivano indicate dal disciplinare medesimo come necessarie soltanto ai fini dell'acquisizione d'ufficio del DURC e consentono, inoltre, alla stazione appaltante di procedere ad eventuali verifiche a campione sulla regolarità contributiva delle imprese partecipanti. Mentre la partecipante, che contestata l'operato della stazione appaltante, sosteneva la necessità di procedere all'esclusione delle imprese inadempienti alla disposizione del disciplinare di gara sopra richiamata, in quanto la Commissione di gara non può disattendere o disapplicare la *lex specialis*.

Il contrasto è stato risolto dall'Autorità alla luce del principio sopra richiamato.

In primo luogo, è stato ribadito che la vincolatività delle disposizioni del bando e del disciplinare di gara comporta che, nel caso in

cui le relative prescrizioni prevedono espressamente, con formulazione chiara e non equivoca, l'esclusione dalla procedura di gara a sanzione della loro inosservanza, l'amministrazione è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è autovincolata e che essa stessa ha emanato.

Nel caso in esame, tuttavia, è stato rilevato che il disciplinare di gara richiedeva la presentazione del modello unificato INAIL-INPS-CASSA EDILE compilato nei quadri "A" e "B" oppure come alternativa una dettagliata documentazione al solo fine dell'acquisizione d'ufficio del DURC, come peraltro stabilito dall'art. 16 *bis*, co. 10, del d.l. 29.11.2008 n. 185, che consente alla stazione appaltante di procedere ad eventuali verifiche a campione sulla regolarità contributiva e che la predetta richiesta di documentazione non può essere considerata un obbligo tassativo ai fini della dimostrazione della regolarità contributiva, in considerazione del fatto che tale circostanza è espressamente prevista nella dichiarazione richiesta ai concorrenti tra i "*Requisiti di ordine generale*" in ordine all'assenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti.

Per effetto di tali disposizioni normative l'Autorità ha affermato che il bando in questione non comminava espressamente, con chiarezza e non equivocità, l'esclusione dei concorrenti in caso di mancata presentazione in originale o copia autentica della documentazione richiesta, decretando la correttezza dell'operato della Commissione di gara che non aveva proceduto alla esclusione dalla gara dei concorrenti inadempienti, non sussistendo una causa esplicita di esclusione dalla gara.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

dell'Avv. Andrea Drusin

C. Giust. CE, Sez. IV, 23.12.2009, C. – 376/08
Consorzi stabili – consorziati – partecipazione congiunta – esclusione automatica – illegittimità – sussiste.

Il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che dispone, in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. c, dir. CE 31.3.2004 n. 2004/18/CE ma che riveste un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica dalla partecipazione a detta procedura e l'irrogazione di sanzioni penali contro tanto un consorzio stabile quanto le imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell'ambito dello stesso procedimento, anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese.

C. Giust. CE, Sez. IV, 23.12.2009, C. – 305/08
Gara – partecipazione – consorzi interuniversitari – facoltà - sussiste

Le disposizioni dell'art. 1, nn. 1 e 2, lett. a, e 8, co. 1 e 2, Dir. CE 31.3.2004 n. 2004/18/CE, che si riferiscono alla nozione di «operatore economico», devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi. Parallelamente la citata normativa comunitaria deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale che vieta a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di

partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

Corte Costituzionale, 4.12.2009, n. 322

Imprese soggette a certificazione ambientale o di qualità rilasciata da un soggetto certificatore accreditato.

E' infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, coo. 1,2,3, del d.l. 25.6.2008, n. 112 convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 1333 con riferimento agli art. 114, 117 (quarto e sesto comma) e 118 (primo e quarto comma) della Costituzione.

L'art. 30, comma 1 del d.l. n. 112 del 2008, ha previsto che i controlli periodici svolti dagli Enti certificatori sostituiscano i controlli amministrativi o le ulteriori attività amministrative di verifica, anche ai fini dell'eventuale rinnovo o aggiornamento delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività. L'interesse del legislatore è quello di semplificare gli adempimenti gravanti sulle imprese, strumentali al conseguimento della certificazione ambientale o di qualità. La norma in esame, prevede altresì che le verifiche dei competenti organi amministrativi abbiano ad oggetto, nel caso in esame, esclusivamente l'attualità e la completezza della certificazione. La limitazione contenuta nel comma 1, è stata contestata dalla regione Emilia Romagna, secondo la quale, spetterebbe alle regioni identificare i casi e i motivi per i quali l'Autorità pubblica deve intervenire allo scopo di valutare la legittimità e l'appropriatezza dello svolgimento da parte degli enti certificatori delle funzioni ad essi attribuite. A sostegno delle proprie censure, l'ente territoriale deduceva, che la norma impugnata aveva ad oggetto l'attività di imprese, concernendo materie di interesse economico, tutte di competenza regionale. I Giudici di Pa-

lazzo della Consulta, hanno ritenuto l'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata in merito alla norma impugnata, attraverso un'attenta analisi della disciplina in esame. Secondo la Corte, l'art. 30, commi 1,2,3 del d.l. n. 112 del 2008 mira, ad assicurare che tutte le imprese fruiscono, in condizione di omogeneità sull'intero territorio nazionale, della possibilità di avvalersi di una prestazione, corrispondente all'ottenimento di una delle certificazioni di qualità dalla stessa previste, rilasciate da appositi enti certificatori accreditati. Tale certificazione deve essere idonea ad assicurare: 1) alle imprese la possibilità di ottenerla senza dover soggiacere ad inutili e pesanti duplicazioni di controlli, con conseguente vantaggio in termini di efficienza, efficacia, credibilità ed economicità; 2) a tutti i fruitori dei servizi o dei prodotti erogati dalle medesime imprese, la garanzia di una corretta verifica di conformità dei predetti ai requisiti minimi di qualità fissati dalle norme tecniche interne, europee ed internazionali, effettuata da soggetti terzi ed indipendenti. A parere dei Giudici della Corte, il legislatore statale deve porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle, riconducendo così la materia alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m) cost. Resta salva la potestà regionale in ordine all'individuazione di livelli ulteriori di tutela, o di eventuali successivi controlli ai fini sanzionatori, oltre alla possibilità per il legislatore regionale di eventuali e più elevati livelli di tutela della qualità della certificazione, coerenti con gli obiettivi perseguiti dalla norma.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.12.2009, n. 8720
Contratti della PA – gara – consorzi di cooperative di produzione e lavoro – requisiti di partecipazione.

Sebbene l'esecuzione del servizio sia affidata ad una o più imprese consorziate, l'unico interlocutore e responsabile dell'esecuzione del contratto nei riguardi della stazione appaltante è il consorzio di cooperative e non già i singoli consorziati.

Con tale pronuncia il Supremo Consesso Amministrativo si sofferma sulla natura dei Consorzi di cooperative e sulla loro responsabilità, nel caso in cui le imprese consorziate si avval-

gano di subappalti non autorizzati.

I Consorzi di cooperative di produzione e lavoro, costituiti al fine specifico di partecipare a pubblici appalti, ai sensi della l. n. 422 /1909, rientrano tra i soggetti legittimati a partecipare alle gare di affidamento di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (v. art. 34, comma 1, lett. b) d. lgs n. 163/2006) e non rappresentano dei semplici intermediari tra la Stazione appaltante ed i consorziati, in quanto il consorzio è il concorrente alla gara che partecipa e stipula in nome proprio, ancorché nell'interesse dei consorziati, che vanno specificamente indicati; da ciò si desume che è il consorzio, e non i consorziati, l'interlocutore della stazione appaltante, e dunque il soggetto che è responsabile nei confronti della Stazione appaltante della corretta esecuzione dell'appalto, anche quando non esegue l'appalto in proprio, ma tramite i consorziati.

E' il consorzio il legittimo interlocutore della stazione appaltante ed il necessario contraddittore, qualora diventi aggiudicatario della gara, nel giudizio avente per oggetto l'impugnativa degli atti della relativa procedura.

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.11.2009 n. 7247
Contratti con la PA – gara – requisiti di partecipazione.

In materia di gare d'appalto ed affidamento di servizi pubblici, è legittima la clausola di un bando che, ai fini dell'aggiudicazione della gara, prescriva il possesso, in capo ai concorrenti, di requisiti di partecipazione più rigidi rispetto a quelli indicati dalla legge.

E' questa la conclusione a cui è pervenuto il supremo consesso amministrativo, nel caso in cui i suddetti requisiti non risultino discriminanti e sproporzionati rispetto alla normativa di settore; ciò in quanto le previsioni contenute nella legislazione di settore stabiliscono una semplice presunzione circa il possesso dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla gara e che, quindi, ben possono essere derogati ed incrementati dalla stazione appaltante, in virtù delle peculiari caratteristiche del servizio affidato; pertanto, nel caso di specie, il potere discrezionale così esercitato dall'amministrazione committente è da ritenersi pienamente legittimo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.11.2009 n. 7054
Servizi di progettazione - requisiti di partecipazione - avvalimento requisiti.

E' possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine tecnico finanziario di partecipazione.

L'art. 91 del codice degli appalti richiama le disposizioni contenute nella parte seconda dello stesso codice, tra le quali è ricompreso anche l'art. 34, che individua i soggetti che possono divenire affidatari di contratti pubblici, fra i quali le società commerciali ed i raggruppamenti temporanei.

Per i Giudici di Palazzo Spada, anche un raggruppamento di professionisti, partecipante ad una gara per l'affidamento dei servizi di progettazione per il recupero, la riqualificazione ed il restauro di un edificio, può utilizzare i requisiti tecnici e finanziari posseduti da alcuni dei membri del raggruppamento medesimo, e ciò a prescindere dalla natura giuridica dei rapporti o dei vincoli che intercorrono tra il prestatore e i soggetti dai quali trae le competenze.

TAR Lazio, Sez. II, 5.1.2010 n. 36

Contratti della PA- gara – Soggetti legittimati a parteciparvi – società strumentali – art. 13 del d.l. n. 223 del 2006.

L'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 non si applica alle società indirettamente partecipate dagli enti locali, e non può essere sussunta tra le società a partecipazione pubblica, strumentali degli enti locali e regionali soci, cui è inibita l'attività extra moenia.

Il Tribunale Amministrativo Regionale romano si sofferma sull'applicabilità o meno del divieto di partecipazione alla gara previsto dall'art. 13 d.l. n. 223 del 2006 (c.d. decreto Bersani), convertito dalla l. n. 248/2006, nel caso di una società indirettamente partecipata da enti locali. L'art. 13 d.l. n. 223 del 2006, (c.d. decreto Bersani), norma derogatoria del principio generale di libertà di iniziativa economica, e pertanto di stretta interpretazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 7.7.2009, n. 4346), vieta l'attività *extra moenia* alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali". Il divieto previsto dal suddetto art. 13, non è applicabile alle società "di terza generazione", ovvero alle società indirettamente partecipate dagli enti locali.

Laddove, infatti, il legislatore ha inteso estenderlo oltre il predetto ambito lo ha fatto espres-

samente (art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008).

Pertanto, nel caso di specie, non si applica il citato art. 13, in quanto la società indirettamente partecipata da enti locali, non è diretta promanazione degli enti locali, e non può essere sussunta tra le società a partecipazione pubblica strumentali degli enti locali e regionali soci, cui è inibita l'attività *extra moenia*.

La società, infatti, che svolge attività (gestione, riqualificazione e valorizzazione di complessi di stazioni e infrastrutture nodali di trasporto), risulta priva dei vincoli della strumentalità e della funzionalità con le amministrazioni indirettamente partecipanti al capitale sociale, e non può, pertanto, essere considerata società produttrice di beni e servizi strumentali ai sensi dell'art. 13, co. 1, del citato d.l. n. 223 del 2006.

TAR Lombardia, Mi, Sez. III, 29.12.2009 n. 6235

Contratti della PA – gara – esclusione - offerta non conforme ai requisiti prescritti nella lex specialis - legittimità.

E' legittimo il provvedimento di esclusione di un'impresa concorrente che abbia presentato un'offerta avente ad oggetto un bene con caratteristiche non conformi rispetto a quelle prescritte dagli atti di gara.

E' questa la conclusione a cui è pervenuto il Tribunale Amministrativo meneghino, legittimando l'esclusione anche nell'ipotesi in cui il prodotto offerto risulti qualitativamente superiore a quello previsto ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, ciò in quanto, da un lato le prescrizioni formulate dalla stazione appaltante delimitano l'interesse che questa intende soddisfare con l'eventuale futuro contratto, per cui un'offerta difforme determinerebbe il mancato soddisfacimento di quell'interesse; dall'altro lato, aggiudicare la gara sulla base di un'offerta avente ad oggetto un bene che presenti caratteri diversi da quelli richiesti violerebbe il principio della *par condicio* dei concorrenti.

Nel caso di specie è stata ritenuta legittima l'esclusione della ditta ricorrente in quanto, mentre il capitolato tecnico prevedeva esplicitamente che per la realizzazione della pavimentazione della palestra si sarebbe dovuto utilizzare legno massello dello spessore di mm. 22 tipo *Hevea Brasiliensis*, nell'offerta della ditta esclusa era previsto l'utilizzo di parquet dello spessore di mm. 12,4 multistrato con strato di usura dello spessore di mm. 3,4 in rovere.

TAR Piemonte, Sez. I, 21.12.2009 n. 3699

Contratti della PA – gara – requisiti di partecipazione.

La triplice sanzione prevista dall'art. 48 del d. lgs. n. 163/06, si applica solo nel caso di mancato possesso dei requisiti di ordine speciale.

L'irrogazione delle sanzioni della esclusione dalla gara, della escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza, si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti), e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale *ex* art. 38 del codice dei contratti, essendo queste ultime sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara. L'ipotesi di carenza dei requisiti di carattere generale, infatti, è compiutamente regolata dal citato art. 38 che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, disciplinata dall'art. 48 del medesimo codice che riconnette a tale circostanza, oltre all'esclusione del concorrente dalla gara, anche l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (in senso conforme TAR Toscana, I, 23.9.2009, n. 1473). Pertanto, nel caso di specie, è illegittimo l'operato di una stazione appaltante che, accertata l'irregolarità contributiva (requisito di ordine generale) in capo all'impresa aggiudicataria in ordine al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali, ha irrogato la triplice sanzione (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) *ex* art. 48 del codice dei contratti.

TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 23.11.2009, n. 11482

Contratti con la PA - gara – consorzi di imprese.

I consorzi che partecipano alle gare pubbliche per l'affidamento di appalti di servizi o di forniture, non possono avvalersi dei requisiti finanziari delle imprese che li costituiscono.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ha così respinto il ricorso di un consorzio stabile contro le Poste che non avevano ammesso il consorzio alle fasi successive delle gare telematiche indette per disporre l'affidamento

del servizio di pulizia di alcuni immobili. L'esclusione era stata disposta dalla stazione appaltante poiché il consorzio, oltre a non aver indicato le imprese in nome e per conto delle quali partecipava alle gare, non possedeva i requisiti di capacità finanziaria richiesti dal bando.

Secondo i Giudici amministrativi i consorzi che partecipano alle gare pubbliche per l'affidamento di appalti di servizi e di forniture devono avere autonoma capacità finanziaria e non possono avvalersi dei requisiti finanziari delle imprese consorziate. Premesso che si intende per consorzio stabile quello formato da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria richiesti dal bando di gara devono essere posseduti dal consorzio, con la sola esclusione di quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo, i quali possono essere calcolati cumulativamente in capo al consorzio anche se posseduti dalle singole consorziate.

L'art. 36 del d. lgs. n. 163/2006, che prevede la possibilità di avvalersi dei requisiti finanziari delle consorziate, si riferisce solo alle gare pubbliche di appalti di lavori e non per quelle di appalti di servizi e forniture, per i quali trova applicazione l'art. 35 del codice dei contratti pubblici, secondo cui i requisiti di idoneità tecnica per l'ammissione alle gare devono essere posseduti e comprovati dai consorzi, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo, i quali solo sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole consorziate.

Tra l'altro, avendo il consorzio chiesto di partecipare in nome e per conto proprio e non per conto delle imprese consorziate, non poteva avvalersi della capacità finanziaria delle imprese che non partecipavano alla competizione neanche indirettamente.

Il TAR ha inoltre precisato che il provvedimento di esclusione non doveva essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento dal momento che non costituiva un procedimento autonomo e distinto da quello concorsuale.

TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 25.11.2009, 11649

Contratti con la PA – gara – requisiti di partecipazione.

E' illegittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante ha disposto la caducazione delle aggiudicazioni disposte in favore di un'impresa concorrente, sulla base della rilevata causa ostativa di cui all'art. 38, co. 1, lett. f), d. lgs. n.163/2006.

Ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. f) d. lgs. 163/2006 (codice dei contratti), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante."

Il Collegio ritiene che tra le cause che possono determinare il mancato invito o l'esclusione di un concorrente, e la mancata aggiudicazione di una gara, rientrano la malafede e la negligenza contrattuale per le quali sia stata eventualmente adottata la risoluzione contrattuale, ciò a tutela del superiore interesse pubblico ad evitare rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente, in relazione al quale sussiste la possibilità che si determini nuovamente detta evenienza, tanto più ove, come nel caso di specie, le inadempienze abbiano riguardato prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante, ma anche le stesse obbligazioni oggetto di nuova procedura di affidamento. Rientra nella valutazione discrezionale operata dalla stazione appaltante la verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo alla concorrente, in ordine ai pregressi rapporti contrattuali. Nell'ambito di questo giudizio il G.A. non può sindacare sulla sussistenza - o - meno delle cause che hanno determinato l'amministrazione a risolvere tali pregressi rapporti contrattuali, essendo dette valutazioni relative alla fase esecutiva del contratto e, quindi, riservate al G.O., tuttavia nella fattispecie si controverte se quanto accertato dalla stazione appaltante costituisca un fattore ostativo, come previsto dall'art 38, ai fini della aggiudicazione

della gara.

E' idoneo a supportare il provvedimento caducatorio l'accertamento, in sede amministrativa, della causa di esclusione di cui all'art. 38, co. 1, lett. f, d. lgs. 163/2006, ed il richiamo del provvedimento con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa Amministrazione aveva provveduto alla risoluzione sulla scorta di ripetuti inadempimenti.

TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 24.11.2009, n. 11598

Contratti con la PA – gara – requisiti di partecipazione – esclusione.

E legittima l'esclusione dalla gara di un concorrente che abbia commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme dettate in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. i), d. lgs. 163/06.

E' questa la conclusione a cui è pervenuto il Tribunale Amministrativo romano, nel caso in cui la suddetta violazione sia stata commessa dall'impresa di cui la concorrente si è avvalsa ai sensi dell'art. 49 d. lgs. 163/06.

La legittimità dell'esclusione di un concorrente per violazione delle norme sui contributi previdenziali ed assistenziali, non viene meno nel caso in cui l'operatore escluso dalla gara abbia adempiuto alle proprie obbligazioni in un momento successivo, giacché l'affidabilità di un'impresa è provata, tra le altre, da una regolarità contributiva che si mantenga costante per tutta la durata dello svolgimento della gara.

A seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva di cui agli artt. 2 del d.l. n. 210/02 e 3, co. 8, lett. b-bis) del d. lgs. n. 494/96, la verifica della regolarità contributiva non rientra più nella competenza delle stazioni appaltanti, bensì in quella degli enti previdenziali, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti che non possono sindacarne il contenuto (Consiglio di Stato, Sez. V, 23.1.2008, n. 147).

Di conseguenza, la stazione appaltante non ha alcuna possibilità né i mezzi per procedere ad autonoma verifica del requisito soggettivo di regolarità della posizione contributiva e deve attenersi a quanto certificato dall'amministrazione competente (Consiglio di Stato, Sez. V, 3.6.2002, n. 3061).

TAR Campania, Napoli, Sez. I, 6.11.2009, n.7008

Contratti con la PA – raggruppamento temporaneo d'impresa – fallimento della mandante.

In caso di fallimento della mandante, la stazione appaltante non deve automaticamente procedere alla revoca dell'aggiudicazione.

L'art. 37, co. 19, del codice dei contratti, infatti, prevede che *"in caso di fallimento di uno dei mandanti, ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione o fallimento del medesimo, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire"*.

Secondo i Giudici amministrativi partenopei, la disposizione in commento deve intendersi come eccezione al principio di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei nel corso dell'espletamento della gara, operando anche nella fase procedurale dell'affidamento, oltre che in sede di esecuzione dello stesso. In caso di fallimento della mandante, dunque, la stazione appaltante non deve automaticamente procedere alla revoca dell'aggiudicazione ma, piuttosto, consentire all'impresa mandataria di poter proseguire nell'affidamento direttamente o mediante indicazione di altro operatore economico, sempre che sia verificata la sussistenza dei prescritti requisiti di qualificazione.

TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 4.11.2009, n. 10828

Contratti con la PA – gara – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - discrezionalità.

I termini indicati nei bandi di gara per la presentazione delle garanzie delle offerte hanno carattere perentorio e non possono essere de-

rogati, pena l'esclusione dalla procedura di gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, ha accolto il ricorso presentato da un'impresa contro la regione Lazio che aveva aggiudicato la gara di appalto, avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della rete fognaria presso la sede della giunta regionale, ad un'altra società concorrente che era in ritardo. Per l'impresa ricorrente, arrivata seconda nella procedura di gara, l'aggiudicazione decisa non sarebbe regolare poiché la stazione appaltante, nell'affidare l'appalto, non avrebbe tenuto conto delle regole relative ai termini di presentazione delle garanzie delle offerte richieste alle imprese partecipanti, presenti nel bando di gara, che costituisce la legge speciale della procedura e come tale deve essere rispettato non soltanto dalle imprese che partecipano alla procedura, ma anche dalla stessa stazione appaltante che ha emanato il bando. Secondo i Giudici amministrativi, il ricorso è fondato in quanto, considerato che *"nelle gare pubbliche il termine fissato dal bando per la presentazione delle offerte ha carattere perentorio, con la conseguenza che il mancato rispetto dello stesso comporta l'esclusione dalla procedura comparativa, superabile solo in caso di illegittimo rifiuto da parte della stazione appaltante ad accettare la domanda tempestivamente presentata"*, la stazione appaltante non poteva aggiudicare la gara alla società che aveva prodotto l'estensione della validità della polizza fideiussoria oltre il termine previsto dal momento che si trattava di un termine che aveva carattere perentorio e che quindi non poteva essere derogato. Nel caso in esame il carattere perentorio del termine stabilito nel bando si evince anche dalla circostanza che si prevede che la mancata presentazione nei termini dei documenti richiesti avrebbe comportato l'esclusione delle imprese dalla procedura comparativa. Da ciò ne consegue che l'aggiudicazione definitiva non è valida e pertanto deve essere annullata.

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte Costituzionale, 4.12.2009, n. 314

Gestione integrata dei rifiuti – legge regionale – partecipazione a gare riservata a determinati soggetti – illegittimità costituzionale.

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 1, co. 1, lett. m), della l. reg. Campania 14.4.2008, n. 4, nella parte in cui riserva solo a determinati soggetti la partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, in quanto detta una disciplina difforme da quella nazionale in materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in base all'art. 117, co. 2, lett. e), cost., riducendo l'area alla quale si applicano le regole concorrenziali dirette a consentire la piena esplicazione del mercato nel settore degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici.

Corte Costituzionale, 20.11. 2009, n. 307

Art. 23-bis d.l. 112/08 – servizio idrico integrato – legge regionale – separabilità della gestione della rete dalla gestione del servizio – illegittimità costituzionale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 49, co. 1, della legge della regione Lombardia 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 riferimento agli artt. 114 e 117, co. 2, lett. p), della Costituzione, in relazione ai principi fondamentali di cui all'art. 113 del d. lgs. n. 267/2000 ed agli artt. 143, 147, 148, 150, 151, 153 e 176 del d. lgs. n. 152/2006 in quanto, ponendo il principio della separazione delle gestioni, viola specificamente la competenza statale in materia di funzioni fondamentali dei comuni, laddove, in contrasto con la disciplina statale, consentiva ed anzi imponeva una separazione non coordinata tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio idrico integrato. Invero, l'art. 113 del d. lgs. n. 267/2000, nel disciplinare la gestione delle reti e l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede che siano le discipline di settore a stabilire i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali può essere separata da quel-

la di erogazione degli stessi. Pone, cioè, un generale divieto di separazione, salva la possibilità per le discipline di settore di prevederla. Per quanto attiene al servizio idrico integrato, la disciplina statale di settore è recata dal d. lgs. n. 152/2006, che non prevede né espressamente né implicitamente la possibilità di separazione della gestione della rete idrica da quella di erogazione del servizio idrico; mentre in varie disposizioni del decreto sono riscontrabili chiari elementi normativi nel senso della loro non separabilità. Ne segue che le due gestioni, quella delle reti e quella dell'erogazione, potranno anche essere affidate entrambe a più soggetti coordinati (alla luce della normativa statale sopravvenuta di cui al d. lgs. correttivo 16.1.2008, n. 4, “Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, recante norme in materia ambientale”), ma non potranno mai fare capo a due organizzazioni separate e distinte.

Il principio della non separabilità tra gestione della rete e gestione del servizio idrico integrato previsto dalla disciplina statale di settore è vincolante per il legislatore regionale, in quanto riconducibile alla competenza esclusiva dello Stato in materia di funzioni fondamentali dei comuni (art. 117, co. 2, lett. p), cost.). Infatti, le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale del co. 4 dell'art. 49 della legge della regione Lombardia n. 26/2003, come modificato dall'art. 4, co. 1, lett. p), della l. reg. n. 18/2006, nella parte in cui, in riferimento al solo servizio di erogazione idrica, prevede una disciplina parzialmente differente rispetto all'art. 113 del d. lgs. n. 267/2000 e all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, consentendo solo l'affidamento mediante gara pubblica. Tali norme, in quanto più rigorose delle norme interposte statali che pre-

vedevano più forme di affidamento – consentendo che esso avvenisse, oltre che a favore di società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, anche, a determinate condizioni, a favore di società a capitale misto pubblico-privato ovvero di società a capitale interamente pubblico – ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle regioni, quella relativa ai “servizi pubblici locali”, non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione.

In tema di tutela della concorrenza, le regioni possono dettare norme che tutelano più intensamente la concorrenza rispetto a quelle poste dallo Stato. Al riguardo, deve considerarsi che siccome la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, le norme regionali che siano più rigorose delle norme interposte statali, in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle regioni, quale quella relativa ai “servizi pubblici locali”, non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione.

Cassazione, Sez. Un., ord. 4.11.2009, n. 23322

Gestione infrastrutture aeroportuali – concessionario – organismo di diritto pubblico.

In caso di controversia afferente un mero atto (contratto) di subconcessione di servizi, il giudice da adire è quello ordinario. Invece, nella diversa ipotesi (ivi in esame) di contestazione di una delibera di affidamento ad un organismo di diritto pubblico della gestione di servizi, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo in applicazione dell'art 244 d. lgs 163/2006, che in via esclusiva assegna a quest'ultimo le controversie (incluse quelle risarcitorie) afferenti le procedure di affidamento dei servizi disposte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione delle norme sui procedimenti di evidenza pubblica.

L'ente affidatario del servizio pubblico della gestione delle infrastrutture aeroportuali è organismo di diritto pubblico, ed è quindi tenuto nella selezione dei prestatori dei servizi in regime di subconcessione ad osservare la procedura di evidenza pubblica.

E' organismo di diritto pubblico qualsiasi ente dotato di personalità giuridica, sottoposto a dominanza pubblica ed istituito per il soddisfacimento di finalità di interesse generale. Nell'alveo del servizio aeroportuale accanto alle attività connesse all'handling (cd. essen-

ziali al trasporto aereo) si inseriscono attività diverse ed accessorie (nella specie delineate come attività di car valeting: servizi consistenti in rimessaggio, custodia, e servizi accessori in favore delle vetture della clientela). Anche le predette attività sono preordinate al soddisfacimento di un interesse generale. Ne consegue che il concessionario, in quanto organismo di diritto pubblico, è tenuto ad osservare le procedure di evidenza pubblica anche per lo svolgimento in subconcessione di tali attività.

Cassazione, Sez. Un., 26.10.2009, n. 22584

Servizio idrico integrato – società concessionaria a capitale interamente comunale – organismo di diritto pubblico.

La AMAIE s.p.a., società a capitale pubblico totalmente appartenente al comune di Sanremo, quale concessionaria e gestrice del servizio idrico di questo ente locale, avendo come oggetto sociale la "realizzazione di servizi pubblici" di interesse generale ad essa affidati dal comune di Sanremo, tra cui - primo tra altri - quello di "captazione, sollevamento, potabilizzazione, trasporto e distribuzione dell'acqua", rientra tra gli organismi di diritto pubblico, tendendo a soddisfare esigenze di interesse generale a carattere non industriale né commerciale e essendo costituita per esercitare un'attività interamente finanziata dal comune (art. 3, co. 26, d. lgs. 163/2006); la predetta società per azioni deve quindi qualificarsi "organismo di diritto pubblico" o "amministrazione aggiudicatrice", ai sensi della norma da ultimo citata.

Una società a capitale pubblico totalmente appartenente ad un comune, concessionaria e gestrice del servizio idrico del medesimo ente locale, deve essere qualificata come organismo di diritto pubblico, in quanto la destinazione a consumo umano dell'acqua esclude ogni scopo immediato di tipo "industriale o commerciale" nell'espletamento del servizio.

L'attività di analisi e controllo dell'acqua destinata al consumo umano rientra tra le attività soggette alle procedure ad evidenza pubblica, in base al combinato disposto del d. lgs. n. 163 del 2006, art. 20, co. 2, (secondo il quale "gli appalti di servizi elencati nell'allegato 2-A sono soggetti alle disposizioni del presente codice") e all'Allegato 2-A, p. 12, (che espressamente si riferisce agli appalti di "servizi di sperimentazione tecnica e analisi"). (In applicazione dei riportati principi le SS.UU. della S.C. hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ammini-

strativo per la controversia relativa all'affidamento a soggetti esterni del servizio di analisi e controllo delle acque da parte di una società a capitale totalmente pubblico).

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.11.2009, n. 6709
Servizio pubblico – clausola di immodificabilità del canone – illegittimità.

E' da ritenere nulla la clausola di un contratto di appalto di servizi pubblici (nella specie si trattava del servizio di raccolta r.s.u., pulizia strade, derattizzazione ed altre attività di igiene ambientale) nella parte in cui prevede, tra l'altro, che il canone resti immodificabile per il primo e secondo anno, dunque che l'adeguamento operi a solo a partire dal terzo anno e con cadenza biennale e che le variazioni delle retribuzioni tabellari del personale e dei prezzi per le voci specificate consentano di rivedere il canone "la prima volta" soltanto ove si siano verificate "maggiorazioni dei costi superiori al 10%". Tale clausola infatti contrasta con una norma imperativa di legge (art. 6 della l. n. 537 del 1993, come modificato dall'art. 44 della l. n. 724 del 1994) ed applicando il meccanismo della inserzione automatica, ai sensi dell'art. 1339 cod. civ., va sostituita da detta norma (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta fondata la pretesa dell'impresa appaltatrice di ottenere l'adeguamento a partire dal primo anno, senza la c.d. alea contrattuale).

Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, sentenza 24.10.2009, n. 923

Art. 15 d.l. n. 135/09 – società multiutility “in house” – Parere A.G.C.M. per ogni singolo servizio pubblico locale affidato.

Nel caso in cui un comune scelga di costituire una società interamente pubblica "in house" multiutility per la gestione di una serie indeterminata o comunque amplissima di servizi pubblici deve valutare se è compatibile con i principi della tutela della concorrenza.

La deroga al generale principio di affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica secondo le logiche di mercato necessita di un percorso pubblicistico che ha il suo fulcro nel preventivo parere dell'Autorità garante della concorrenza. La deroga, essendo basata su peculiari caratteristiche economico, sociali, ambientali e geomorfologiche deve essere esplicitata per ciascuno dei servizi pubblici a rilevanza economica e che per ciascuno di essi deve

essere seguito il percorso individuato nel co. 4 dell'art. 15 del d.l. n. 135/2009. Inoltre, la richiesta di parere alla suddetta autorità deve essere basata su una corretta e totale rappresentazione del complesso dell'attività della multiutility ed in tali limiti investire anche i servizi pubblici teoricamente privi di rilevanza economica

TAR Calabria, Cz, Sez. II, 31.12.2009, n. 1481
Contratti di servizio e appalti di servizi – distinzione in base all'oggetto del contratto.

Ai fini della differenziazione tra contratti di servizio e appalti di servizi, è preferibile il criterio che fa leva sull'oggetto del contratto: siamo in presenza di un contratto di appalti quando la prestazione è “rivolta” a favore dell'amministrazione; siamo in presenza di un contratto di servizi quando la prestazione è “rivolta” all'utenza.

Ai fini della individuazione del discrimine tra contratti di servizio e appalti di servizi, è necessario valutare il c.d. rischio di gestione: mentre, infatti, nell'appalto di servizi è l'amministrazione che paga l'aggiudicatario per la prestazione di un servizio reso in suo favore, nella concessione o nei contratti di servizio i rischi di gestione del servizio ricadano sull'aggiudicatario, il quale si assume la responsabilità di gestione, paga la p.a. e si rifà sugli utenti che versano gli importi per l'utilizzo del servizio.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 27.11.2009, n. 2868
Gestione impianti sportivi – gara informale.

Con riferimento alla concessione di servizi relativa alla gestione di un impianto sportivo, l'esigenza della gara informale corrisponde alla ratio di garantire uno standard minimo di concorrenzialità, ma non inibisce all'amministrazione il ricorso a procedure maggiormente aperte e trasparenti.

Con riferimento alla concessione di servizi relativa alla gestione di un impianto sportivo, la determinazione delle tariffe all'utenza, che pure costituiscono uno strumento per orientare il godimento del bene pubblico in conformità agli interessi della collettività di riferimento, non rappresentano l'unico mezzo per realizzare l'interesse pubblico nella gestione dell'impianto.

TAR Friuli Venezia Giulia, 26.11.2009, n. 809
Servizi socio-assistenziali – gestione collegia-

le da parte di più comuni.

La controversia fra più comuni circa i criteri della ripartizione degli oneri per i servizi socio-assistenziali, delegati alla locale Azienda Sanitaria, investendo la gestione di un servizio pubblico che, in base ad accordi fra detti enti, è collegialmente gestito appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, né rileva, al riguardo, la clausola compromissoria inserita in detti accordi.

È illegittimo modificare, con deliberazione a maggioranza dei rispettivi rappresentanti, i criteri di ripartizione della spesa per la gestione di un servizio pubblico in comune, stabiliti con convenzione, senza modificare prima la convenzione stessa.

TAR Friuli Venezia Giulia, 26.11.2009, n. 802

Mercato all'ingrosso – servizio di portierato.

Non è soggetta alle regole del d. lgs. 163/06 (codice dei contratti pubblici) e, di conseguenza, neppure alla giurisdizione del G.A. la controversia inerente la procedura di affidamento del servizio di portierato del mercato all'ingrosso indetto da una s.p.a. – soggetto privato (Udine Mercati S.p.A.) che non è, per sua natura, "amministrazione aggiudicatrice" in senso stretto, e non può qualificarsi neppure "organismo di diritto pubblico", in quanto mancano alla medesima società sia il requisito del finanziamento pubblico maggioritario, sia quello del soddisfacimento di "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale", condizioni necessarie ai fini della qualifica di "organismo di diritto pubblico".

TAR Lazio, Sez. II, 26.11.2009, n. 11860

Concessione servizio pubblico – penale per inadempimento del concessionario.

La comminazione della penale applicabile, in base alla convenzione accessoria all'atto di concessione di pubblico servizio, per l'inadempimento o l'adempimento tardivo del concessionario, non può non essere accompagnata da un'adeguata considerazione dell'equilibrio economico contrattuale complessivo, quale si viene ad atteggiare in un rapporto contrattuale finalisticamente orientato alla realizzazione di un pubblico interesse. A tal fine, nel procedere alla sua quantificazione, l'amministrazione procedente non può prescindere da una preliminare verifica di ragionevolezza e congruità della stessa rispetto agli inadempimenti, al loro impatto sulla buona attuazione

del rapporto contrattuale ed alle conseguenze negative sull'ottimale realizzazione dell'interesse pubblico perseguito. Ne deriva la sindacabilità in sede giurisdizionale di una penale sganciata, nel suo concreto dimensionamento, dai citati presupposti.

La pattuizione di una penale per inadempimento del concessionario di un pubblico servizio, non sottrae il rapporto obbligatorio alla disciplina generale delle obbligazioni, con la possibilità per il debitore di escludere la propria responsabilità provando che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, cui accede la clausola penale, sia stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile o dall'inadempimento dell'altra parte rispetto a prestazioni correlate. L'onere della prova dell'assenza di responsabilità imputabile è a carico del debitore ex art. 1218 c.c. e la colpa dell'inadempimento è presunta.

TAR Campania, Na, Sez. I, 23.11.2009, n. 7816

Art. 113 bis TUEL – servizi pubblici locali non di rilevanza industriale – concessione a terzi.

I servizi pubblici locali non di rilevanza industriale (nella specie gestione di impianti di illuminazione pubblica), ove ricorrano particolari condizioni, possono essere dati in concessione a terzi, sempre, però, che l'affidamento avvenga sulla base di "procedure ad evidenza pubblica", secondo quanto stabilito dall'art. 113 bis del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, disposizione questa che ribadisce un principio di carattere generale vigente in materia, stabilendo che, anche con riguardo ai servizi pubblici locali, le procedure di scelta del contraente non possono sottrarsi ai principi dell'evidenza pubblica, potendo essere affidati solo a soggetti individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure di tipo concorsuale, limitandosi con ciò alla PA la possibilità di ricorrere alla trattativa privata alle sole ipotesi espressamente stabilite dalla legge.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 19.11.2009, n. 2238

Servizio idrico integrato – competenze ATO - autodeterminazione singolo comune – esclusa.

Il d.lgs. 3/4/2006 n. 152 (c.d. codice dell'ambiente) in materia di servizio idrico integrato, completando il percorso delineato dai prece-

denti provvedimenti legislativi mediante il riconoscimento della personalità giuridica in capo all'Autorità d'Ambito, prevede la partecipazione obbligatoria degli enti locali del territorio (salvo per i comuni con popolazione inferiore a 1000 abitanti facenti parte di una comunità montana) e l'espresso trasferimento all'Autorità delle competenze spettanti ai comuni in materia di programmazione delle infrastrutture e di gestione delle risorse idriche (art. 148 co. 1). Spetta invece alle regioni e alle province autonome la disciplina delle forme e dei modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, assolto l'obbligo di costituire l'Autorità "cui è demandata l'organizzazione, l'affidamento e il controllo della gestione del servizio idrico integrato" (art. 148 co. 2). Lo strumento cui avvalersi per la programmazione degli interventi anche sotto il profilo economico-finanziario e per la definizione del modello gestionale e organizzativo è il Piano d'ambito, approvato dall'Autorità ai sensi dell'art. 149 del citato d. lgs. n. 152/2006. In definitiva la scelta del legislatore statale e regionale è quella di superare le frammentazioni e di attribuire ad un unico ente l'esercizio delle funzioni in materia di servizio idrico integrato, secondo le regole proprie della collegialità elaborate dalla regione (art. 48 co. 3 l. reg. Lombardia 26/2003 così come modificato dalla l. reg. 18/2006).

Non può essere riconosciuto ad alcun Comune il potere di autodeterminarsi sull'organizzazione e sulla gestione del servizio idrico integrato, in quanto ogni decisione in tal senso deve avvenire all'interno dell'Autorità d'ambito e secondo le sue regole di funzionamento: in buona sostanza le determinazioni dell'Autorità assumono portata vincolante sull'intero territorio provinciale in virtù di una precisa scelta legislativa.

La singola amministrazione locale non può intraprendere percorsi autonomi e scegliere modalità di gestione diverse da quelle individuate dall'Autorità: per questo motivo, ove non aderisca, esso non ha interesse a contestare le determinazioni da quest'ultima legittimamente assunte né può far valere un interesse di tipo strumentale, avendo assunto sotto la propria responsabilità la decisione espressa di non farne parte e pertanto non potendo pretendere di imputare all'ente sovracomunale le conseguenze di una propria autonoma scelta.

TAR Lazio, Sez. III, 6.11.2009, n. 10891

Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) – società “strumentali” – rapporto con l’art. 3, co. 27, l. n. 244/07.

L'art. 13 d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito in l. 4.8.2006, n. 248, al fine di evitare alterazioni e distorsioni della concorrenza e del mercato e, nel contempo, assicurare la parità tra gli operatori, impone a società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali di operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, vietando alle medesime di svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati, sia in affidamento diretto sia con gara e vietando, altresì, di partecipare ad altre società o enti.

Il divieto introdotto dall'art. 13 d.l. 4.7.2006 n. 223, la cui ratio consiste nell'impedire che soggetti intrinsecamente connessi all'espletamento di funzioni della PA possano in forza della propria rendita di posizione agire come competitors sul libero mercato, trova applicazione con riguardo alle sole società strumentali, vale a dire quelle costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'amministrazione regionale o locale in funzione della medesima, con esclusione dei servizi pubblici locali.

Il divieto, per le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali di svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati, sia in affidamento diretto sia con gara e di partecipare ad altre società o enti (divieto sancito dall'art. 13 d.l. 223/2006 s.m.i.), non è applicabile alle società che operano sul mercato in diretta concorrenza con le altre imprese pubbliche o private e che non risultano costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'amministrazione.

A seguito della entrata in vigore dell'art. 71, co. 1, lett. b) l. n. 140/2009, che ha eliminato l'avverbio “indirettamente” dall'art 3, co. 27, l. n. 244/2007 (relativo al divieto per le amministrazioni pubbliche di partecipare in società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche in minoranza, in tali società), deve ritenersi consentito agli enti locali di partecipare, con proprie società, ad

altre società.

L'ambito applicativo dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244/2007, che vieta alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. n. 165/2001, di partecipare in società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, vietando, altresì, di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche in minoranza, in tali società, è diverso rispetto a quello dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006, (decreto Bersani). Invero, mentre l'art. 13 citato riduce ex lege la capacità di agire di una società-veicolo, imponendo una esclusività dell'attività svolta in favore dell'ente di riferimento; l'art. 3, co. 27, della l. n. 244/2007 delimita la capacità di agire dell'ente titolare della partecipazione sociale a quelli che dovrebbero essere i suoi propri confini.

TAR Lazio, Lt, 30.10.2009, n. 1022

Accesso – attività di diritto privato dei gestori di servizi pubblici – estensione – sussiste.

L'attività amministrativa alla quale gli artt. 22 e 23, l. 7.8.1990 n. 241 rapportano il diritto d'accesso include, 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 derivazione e/o strumentalità.

TAR Sicilia, Ct, Sez. III, 28.10.2009, n. 1802

Società miste – scelta socio privato.

Per la costituzione di una società a partecipazione pubblica locale maggioritaria la scelta del socio privato deve avvenire a mezzo di gara pubblica, che sola, nel confronto concorrenziale, assicura la trasparenza ed il buon andamento dell'azione della pubblica amministrazione in applicazione dei principi del Trattato istitutivo dell'unione europea, che sono quelli di libertà di stabilimento (art. 43), libera prestazione dei servizi (art. 49); parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 43 e 49); trasparenza e non discriminazione (art. 86, che vieta le misure di favore a vantaggio delle imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e di quelle pubbliche); cosicché anche nell'ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l'apertura alla concorrenza; inoltre, trasparenza e pubblicità devono

essere date alla notizia dell'indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

La CGCE - sezione III - sentenza 15.10.2009 ha ritenuto che "Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni".

TAR Lombardia, Br, Sez.II,27.10.2009, n. 1780

Gara deserta – affidamento in house – legittimità.

Una volta andata deserta la gara (comunitaria) bandita sussiste il principio della sostanziale libertà di scelta dell'amministrazione, in ordine alla modalità di affidamento del servizio, dall'esperimento di una nuova procedura di appalto, alla trattativa privata, all'affidamento in house.

TAR Liguria, Sez. II, 21.10.2009, n. 2897

Art. 23 bis d.l. 112/2008 – servizi pubblici locali – affidamento diretto – limiti.

La norma di cui all'art. 23 bis co. 9 d.l. 112/2008 prevede, in via generale, il divieto di acquisire affidamenti di servizi in capo a determinati soggetti, in specie per ciò che rileva nella specie ai soggetti titolari della gestione affidata in via diretta e non tramite gara e, in via particolare, in termini di eccezione al divieto predetto, la possibilità per i suddetti affidatari diretti di partecipare alla prima gara da svolgersi per l'affidamento del medesimo servizio; tale eccezione, che trova il proprio fondamento nella necessità di dettare regole transitorie nonché di garantire la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento ingenerato dai precedenti affidamenti, va intesa in termini letterali, senza interpretazioni estensive ovvero analogiche. L'eccezione di cui all'art. 23 bis co. 9 d.l.

112 del 2008, che trova il proprio fondamento nella necessità di dettare regole transitorie nonché di garantire la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento ingenerato dai precedenti affidamenti, va intesa in termini letterali, senza interpretazioni estensive ovvero analogiche; pertanto, deve limitarsi l'eccezione alla possibilità di partecipare alla prima gara successiva per chi svolgeva in affidamento diretto il medesimo servizio.

TAR Lombardia, Mi, Sez. VI, 19.10.2009, n. 4828

Accesso – attività di diritto privato dei gestori di servizi pubblici – estensione – sussiste.

L'attività amministrativa alla quale gli artt. 22 e 23 della l. 241/1990 correlano il diritto di 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.

TAR Sardegna, Sez. I, 16.10.2009, n. 1542

Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) – limiti.

L'art. 13 del d.l. 4.7.2006 n. 223, convertito nella l. 4.8.2006, n. 248 (recante limiti, per le società a capitale interamente pubblico o misto, alla partecipazione a gare per l'affidamento di pubblici appalti) si applica solo alle società a capitale pubblico che svolgono attività di produzione di beni e servizi strumentali per le amministrazioni pubbliche regionali e locali partecipanti, non anche alle società che svolgono servizi pubblici locali, partecipate integralmente o in parte dagli enti locali per altri fini.

I limiti, per le società a capitale interamente pubblico o misto, allo svolgimento di un'attività extraterritoriale non si applicano alle procedure di selezione della proposta del promotore finanziario indette ai sensi dell'art. 153 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 non venendo in rilievo nella fase preliminare della procedura (fase preordinata alla individuazione della proposta ed alla dichiarazione di pubblico interesse del-

la stessa), ma soltanto successivamente, allorché ai sensi dell'art. 155 del codice dei contratti, viene svolta la gara al cui termine viene aggiudicata la concessione.

TAR Veneto, Sez. I, 13.10.2009, n. 2579

Affidamento servizio distribuzione gas naturale – clausole relative ad ammortamenti e sportello informativo per l'utenza.

Affidamento servizio distribuzione gas naturale – diritto di ritenzione degli impianti – esclusione.

In tema di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale, con riguardo alla imposizione di contenere la durata degli ammortamenti entro il limite della durata della concessione, fissata in 12 anni, attraverso la clausola del bando in forza della quale, alla scadenza della nuova concessione non dovranno risultare valori residui di ammortamenti a carico del gestore subentrante, va affermato che la clausola in questione non è di per sé irragionevole, concorrendo la stessa a rendere più agevole sotto il profilo economico-contabile il trapasso tra vecchie e nuove gestioni, e potendo comunque l'amministrazione affidante contemplare anche ammortamenti di più lunga durata in caso di comprovate condizioni di usura degli impianti.

In tema di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale, con riguardo alla clausola della lex specialis che impone l'apertura di uno specifico sportello di informazioni per l'utenza, sussiste una discrezionalità delle amministrazioni affidanti nell'imposizione di misure maggiori.

Con riguardo al servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale, l'ormai consolidata prassi, non censurata dalla giurisprudenza ormai prevalente, che consente "praeter legem" alle amministrazioni comunali, di accollarsi direttamente l'obbligo di corrispondere l'indennizzo al gestore uscente, per conseguenza esclude al riguardo qualsiasi diritto di ritenzione degli impianti da parte di quest'ultimo, non potendo per certo essere in tal modo obliterato il pubblico interesse sotteso all'immediato avvio del servizio da parte del gestore subentrante.

PARERI



Questa sezione della Gazzetta Amministrativa è realizzata in collaborazione con il Servizio ANCI Risponde

1. LA SOCIETÀ DI PROGETTO

DOMANDA

L'amministrazione ha affidato con contratto di concessione le opere di costruzione e gestione di una RSA a una società di progetto costituita dopo l'aggiudicazione. Oggi, ad opere collaudate e servizio di gestione avviato, la società di progetto concessionaria chiede se è compatibile con il contratto di concessione stipulato, la fusione della società concessionaria in altra società. La questione genera alcuni dubbi interpretativi dell'art. 156 del d. lgs n. 163/06.

RISPOSTA

La società di progetto costituita a termini dell'art. 156 del codice dei contratti, diviene concessionaria della realizzazione e gestione dell'infrastruttura, sulla base di una "*factio iuris*", per la quale la medesima società si considera concessionaria a titolo originario, essendo espressamente esclusa la cessione del contratto da parte dell'aggiudicatario, in coerenza con quanto disposto dall'art. 118, co. 1. Questo comporta che i servizi prestati dalla società di progetto si intendono direttamente prestati da quest'ultima, anche se essi sono materialmente espletati dai suoi soci. La previsione è avvalorata dall'art. 149 del codice per il quale, in caso di società di progetto costituita in conformità all'art. 156, non sono considerati terzi i soci che siano in possesso dei requisiti richiesti per la realizzazione dell'opera o servizio in concessione. L'ultimo periodo del terzo comma manifesta

un'apertura della società ad una sua diversa composizione societaria che si può verificare in due momenti:

- fino al collaudo, i soci che hanno concorso a determinare i requisiti di qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire l'adempimento dei relativi obblighi;
- in ogni momento può avvenire l'ingresso di nuovi soci, anche nella forma societaria, o lo smobilizzo di quote di investitori istituzionali che non hanno concorso a formare i requisiti di qualificazione.

Pertanto si ritiene consentita un'operazione di trasformazione societaria, non ostandovi, in linea di principio le disposizioni richiamate.

Peraltro, nel caso della società di progetto, non è contenuto analogo divieto di modifica della composizione prevista per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari dei concorrenti, rispetto all'impegno presentato in sede di offerta. Tuttavia occorre che sia comunque garantito il rapporto concessorio con la stazione appaltante sulla quale vanno comunque a ricadere le conseguenze della gestione del rapporto oggetto del contratto.

A questo fine è preordinato l'art. 116 del codice che in buona parte riproduce l'art. 35 della l. n. 109/1994.

Pertanto le vicende societarie afferenti a cessioni, trasformazioni, ecc. non producono effetti automatici nei confronti della stazione appaltante, essendo richiesto un procedimento di comunicazione ed accertamento di requisiti da parte di quest'ultima.

La giurisprudenza, con riguardo alle vicende modificative dell'aggiudicatario, ha distinto

la fase di gara da quella successiva che si verifica durante l'esecuzione del contratto, nella quale è possibile il subentro di un nuovo soggetto, anche risultante da operazioni di trasformazione, scissione e fusione, con il consenso della stazione appaltante (CdS, VI, sent. n. 7802/2004).

«.....GA.....»

2. LA PROCEDURA NEGOZIATA

DOMANDA

Premesso:

- che questo ente ha bandito gara d'appalto per l'acquisizione della progettazione definitiva/esecutiva nonché l'esecuzione dei lavori, ai sensi dell'art. 53 co. c) del d. lgs. n. 163/06, mediante "procedura aperta" con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163/06 relativamente al riuso e l'adeguamento funzionale di un palazzo storico;

- che importo dei lavori a base d'asta è pari ad € 975.000,00;

- che a seguito della pubblicazione dell'avviso di gara pervenivano, nei termini prescritti, n. 4 offerte;

- che a seguito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa (buste A) presentata dalle 4 ditte, la commissione di gara escludeva n. 3 offerte perché non conformi al bando e/o al disciplinare di gara;

- che a seguito della apertura della offerta tecnica (busta B) presentata dall'unica ditta rimasta in gara, la commissione riteneva il progetto tecnicamente non idoneo e pertanto non valutabile;

- che, pertanto, la commissione decideva di non ammettere la ditta alla fase di gara successiva e quindi, di non procedere all'apertura della busta "C" contenente l'offerta economica della suddetta ditta.

Tanto premesso si chiede: se è ammissibile il ricorso alla procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara, prevista dall'art. 56 lett. a) del d. lgs. n. 163/06, con invito esteso a tutte e quattro le partecipanti; se, la formulazione letterale del citato articolo sia in contrasto con se stesso laddove specifica

che la procedura negoziata si può utilizzare quando "..... tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte", mentre nello stesso comma, riferendosi alle offerte che possono essere ammesse, indica quelle che " ..hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima."; se, nel caso sia ritenuta praticabile la procedura negoziata, sia opportuno restituire il progetto all'unica ditta ammessa alla fase "B" per apportare le correzioni alle parti contestate dalla commissione e portare le altre concorrenti, non ammesse alla fase "B", a conoscenza del verbale della commissione al fine di dare loro la possibilità di adeguarlo nel caso fossero incorse nelle stesse condizioni di "non idoneità".

Tanto al fine di garantire, ai sensi del co. 3 del citato art. 56, parità di trattamento tra tutti gli offerenti e di non fornire in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

RISPOSTA

L'art. 56, co. 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici prevede la possibilità di far ricorso alla procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara "quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte. Nella procedura negoziata 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 che, nella procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima. Le disposizioni di cui alla presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro".

Tale disposizione ammette dunque la procedura negoziata quando, dopo l'esperimento di una procedura aperta o ristretta, tutte le offer-

te presentate siano state dichiarate irregolari ovvero inammissibili “*in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte*”.

Peraltro la normativa non chiarisce espressamente in presenza di quali circostanze un’offerta possa essere dichiarata irregolare ovvero inammissibile e quale sia la differenza tra le due ipotesi.

Tuttavia dottrina e giurisprudenza tendono ad individuare il concetto di “*irregolarità*” in relazione a quelle offerte che siano prive dei requisiti formali come richiesti dal codice, laddove invece il concetto di “*inammissibilità*” va ricondotto a quelle offerte le quali, seppure formalmente conformi ai requisiti prescritti, si pongano in contrasto con aspetti sostanziali previsti nel bando quali per esempio i requisiti soggettivi di partecipazione dei concorrenti, in materia di subappalto ecc..

Nella fattispecie risulta tuttavia che solo tre delle quattro offerte delle ditte partecipanti siano state escluse perché sostanzialmente “*irregolari*” in quanto non conformi al bando, mentre la quarta sarebbe stata esclusa solo a seguito dell’esame della stessa offerta dal punto di vista tecnico (dopo l’apertura busta B) perché contenente un progetto “*tecnicamente non idoneo*” e quindi sulla base di concreto esame del merito tecnico dell’offerta medesima.

Per tali ragioni si è del parere che tale ultima offerta non possa ritenersi né irregolare né inammissibile da un punto di vista formale ma solo inaccettabile dal punto di vista tecnico in quanto contenente una progettazione inidonea, con la conseguenza che, non sussistendo il presupposto previsto dalla norma della irregolarità o inammissibilità di tutte le offerte in gara, la procedura negoziata non potrà trovare concreta applicazione.

«.....GA.....»

3. LA CONSULENZA ASSICURATIVA

DOMANDA

Il comune intende avvalersi dell’opera di un consulente iscritto alla sezione “E” del registro unico degli intermediari ISVAP, quale collaboratore di iscritti alle sezioni A e D. Il medesimo risulta regolarmente iscritto alla

locale camera di commercio con la seguente definizione di attività: Servizi alle imprese nel campo assicurativo e broker delle assicurazioni. In sostanza, si tratterebbe di un contratto di assistenza analogo a quello di brokeraggio, ma con remunerazione diretta da parte dell’ente e senza conferimento di poteri di rappresentanza diretta verso le compagnie assicuratrici.

Può il comune concludere validamente il contratto di che trattasi, fermo restando il rispetto dei vincoli in materia di consulenze ovvero di codice dei contratti ai fini della procedura di affidamento?

RISPOSTA

I servizi di consulenza ed assistenza assicurativa prestati da un soggetto iscritto all’apposito registro degli Intermediari assicurativi di cui al d. lgs. n. 209/05 possono ritenersi correttamente ricomprendibili nell’ambito dei cd. servizi finanziari di cui alla categoria n. 6 dell’allegato IIA del codice dei contratti pubblici (v. in particolare cpv n. 67151000-0 (3) Servizi di consulenza finanziaria) e, come tali, assoggettabili alla disciplina del codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 163/06 (v. art. 20, co. 2).

Il fatto che si tratti di un consulente che venga remunerato direttamente dall’amministrazione invece che dalla compagnia assicurativa (*broker*) non modifica peraltro la qualificazione del contratto da porre in essere che va ascritto al genere di quelli di consulenza o collaborazione assicurativa sopra citati ed il cui affidamento segue, in genere, le ordinarie procedure concorsuali previste nel codice.

Nell’ambito di tali procedure nei bandi vengono di norma previsti, ai fini della ammissione, i seguenti requisiti minimi:

- 1) iscrizione alla C.C.I.A.A. per attività oggetto di appalto;
- 2) iscrizione al registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi, sez. B, di cui al d. lgs. n. 209/05;
- 3) aver in corso una polizza di responsabilità civile professionale ai sensi della vigente normativa per un massimale non inferiore a quello stabilito dall’ISVAP; copia conforme della polizza dovrà essere comunque consegnata all’atto della stipula del contratto;
- 4) insussistenza di una qualsiasi condizione

ostativa a contrarre con la pubblica amministrazione ai sensi delle vigenti disposizioni legislative (art. 38 del d. lgs. n. 163/06);

5) non essersi avvalsi dei piani individuali di emersione di cui alla l. n. 383 del 2001, oppure, in alternativa, di essersi avvalsi di piani individuali di emersione di cui alla l. n. 383 del 2001 ma il periodo di emersione si è concluso;

6) aver intermediato nel triennio di riferimento premi assicurativi per un ammontare complessivo in favore di enti locali specificatamente indicato ed adeguato rispetto al servizio da svolgere.

«.....GA.....»

4. LA GARA A DOPPIO OGGETTO

DOMANDA

La società affidataria "in house" del servizio di trasporto pubblico locale risulta, attualmente, affidataria anche dei servizi di gestione della sosta, del "bike sharing", trasporto disabili, (scolastico e non) e trasporto interno al cimitero. Considerato che questo ente deve procedere all'affidamento di tali servizi, si chiede se attivando la procedura ordinaria prevista dalla lett. b) co. 2 art. 23 bis della l. n. 133/08, così come introdotto dal d.l. n. 135/2009, sia consentito ricomprendere in un'unica gara a "doppio oggetto" l'affidamento simultaneo dei servizi su indicati.

RISPOSTA

L'art. 23 bis, co. 2, lett. b) del d.l. n. 112/08 convertito con la l. n. 133/08, come sost. dall'art. 15, co. 1, lett. a) del d.l. n. 135/09, consente il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a favore di "società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lett. a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento".

Quanto alla possibilità, ipotizzata nel quesito di procedere in un affidamento simultaneo di più servizi, con la citata gara cd. "a doppio

oggetto" (e cioè sia per la scelta del socio operativo che l'affidamento del servizio) si osserva che tale possibilità deve trovare fondamento nell'ambito delle condizioni e presupposti di cui al successivo co. 6 il quale infatti dispone: "l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore".

Dunque anche nel caso di specie l'amministrazione dovrà attentamente valutare e quindi dimostrare la effettiva convenienza economica di procedere in un affidamento simultaneo di più servizi (trasporto locale, gestione sosta, trasporto disabili, trasporto interno al cimitero ecc.) piuttosto che in affidamenti separati, fornendone adeguata motivazione nei relativi atti deliberativi.

«.....GA.....»

5. IL LUOGO DI ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI

DOMANDA

Il comune ha in essere un appalto per la gestione dell'asilo nido con scadenza 31.8.2011; al contempo è in fase di indizione la gara per la realizzazione del nuovo nido e, col prossimo anno scolastico (settembre 2010), il nido verrà trasferito nella nuova sede. Può l'attuale gestore continuare nella gestione anche nella nuova struttura? Anche nel caso in cui il contratto preveda espressamente il luogo di erogazione del servizio ?

RISPOSTA

Va premesso che in genere la variazione del luogo di esecuzione delle prestazioni viene ritenuta, per gli appalti oo.pp., variazione extracontrattuale in quanto esula dall'oggetto del contratto originario né può considerarsi uno sviluppo od un completamento del piano originario dell'opera (cfr al riguardo Cass. n. 2162/70).

Il cambiamento del luogo di esecuzione determina infatti sicuramente una modifica so-

stanziale di tutti i vari parametri amministrativi, progettuali ed esecutivi che connotano una determinata opera pubblica.

Tali considerazioni possono di norma ripetersi anche per gli appalti di servizi considerando che il corrispettivo e la relativa offerta aggiudicataria sono formulate in relazione a specifiche condizioni e circostanze di tempo e di luogo le quali, come tali, non possono considerarsi vevoli in via generale a prescindere dalle concrete situazioni in presenza delle quali la fornitura o il servizio deve svolgersi. Pertanto, trattandosi di nuove e sostanziali variazioni dell'oggetto dell'affidamento, dovrebbe concludersi che, di norma, il contratto con un determinato gestore non possa proseguire in un luogo diverso da quello iniziale a meno che non si riesca a dimostrare che, al contrario, tale variazione non incida sostanzialmente nello svolgimento delle prestazioni, che dovrebbero permanere essenzialmente

immutate, pur nella diversità del luogo, rappresentando questo un aspetto del tutto secondario, nell'economia generale del rapporto e nella stessa formulazione dell'offerta.

In sostanza si è dell'avviso che solo il permanere di una situazione pressoché analoga quanto alle modalità di svolgimento del servizio, ai relativi costi ed a qualsiasi altra circostanza di rilievo potrebbe far ipotizzare l'ammissibilità di una continuazione del servizio in altro luogo, e questo possa cioè considerarsi di per sé evenienza non significativa ai fini di una variazione della identificazione dell'oggetto dell'affidamento, e quindi senza alcuna lesione dei noti principi di concorrenzialità e trasparenza che in genere sovrintendono alle gare pubbliche, nell'ambito delle quali non è possibile rinegoziare o modificare *ex post*, dopo l'aggiudicazione, le originarie condizioni contrattuali (cfr. CDS V, n. 6281/02).

«.....GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

PUBBLICAZIONE DEI DATI RELATIVI AI CURRICULA VITAE E ALLE RETRIBUZIONI ANCHE PER I SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI

La disposizione dell'art. 11 co. 8 lett. f) del d. lgs 150/09 prevede che l'obbligo di pubblicazione dei curricula riguardi sia i dirigenti sia i titolari di posizioni organizzative (questi ultimi non contemplati dall'art. 21 della l. 69/09). Per quanto attiene all'obbligo di pubblicazione dei dati sulle retribuzioni, l'art. 11, co. 8 lett. g) fa riferimento ai soli dirigenti; la norma impone di evidenziare specificatamente le componenti retributive variabili a quelle legate al risultato. Le disposizioni dell'art. 11 co. 8 lett. f e g) a differenza dell'art. 21 della l. 69/09, non richiamano espressamente i segretari comunali e provinciali. Tuttavia, la ratio di entrambe le normative, il loro collegamento sistematico e la funzione dirigenziale ricoperta da tali funzionari nell'ambito dell'organizzazione degli enti locali conducono a ritenere che anche essi siano ricompresi nella previsione di cui al d. lgs. 150/09. Infine, deve evidenziarsi che l'art. 11 co. 8 lett h) del d. lgs. 150/09 estende gli obblighi di pubblicazione del CV e dei dati sulle retribuzioni anche a coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo. (circ. 1/10 del 14.1.2010 ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione) (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

ASSENZE PER MALATTIE: CIRCOLARE N. 7/09 DEL MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L'INNOVAZIONE

5. L'amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative. Le fasce orarie di reperibilità del lavoratore, entro le quali devono essere effettuate le visite mediche di controllo, sono stabilite con decreto del ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.".

Per quanto riguarda il primo periodo del comma, rimane immutata la disciplina sostanziale già introdotta con l'art. 71 co. 3 del d.l. n. 112 del 2008 (il quale viene contestualmente abrogato dall'art. 72 co. 1 del d. lgs. n. 150 del 2009) e, con essa, rimangono valide le indicazioni già fornite in precedenza circa l'interpretazione della norma (circolari nn. 7 e 8 del 2008 e circolare n. 1 del 2009).

Si ribadisce pertanto che la legge ha voluto prevedere per le amministrazioni un dovere generale di richiedere la visita fiscale anche nelle ipotesi di prognosi di un solo giorno, ma che ha tenuto conto anche della possibilità che ricorrano particolari situazioni, che giustificano un certo margine di flessibilità nel disporre il controllo valutandone altresì l'effettiva utilità. Ad esempio, nel caso di imputazione a malattia dell'assenza per effettuare visite specialistiche, cure o esami diagnostici, l'amministrazione che ha conoscenza della circostanza a seguito della comunicazione del dipendente deve valutare di volta in volta, in relazione alla specificità delle situazioni se richiedere la visita domiciliare di controllo per i giorni di riferimento. Infatti, il tentativo di effettuare l'accesso al domicilio del lavoratore da parte del medico della struttura competente potrebbe configurarsi come ingiustificato aggravio di spesa per

l'amministrazione in quanto, in assenza del dipendente, potrebbe non avere lo scopo di convalidare la prognosi. Possono entrare inoltre nella valutazione delle esigenze funzionali ed organizzative eccezionali impedimenti del servizio del personale derivanti ad esempio da un imprevedibile carico di lavoro o urgente della giornata.

Si fa presente che, ove quanto è già stato oggetto dell'iniziale accertamento fiscale dovesse essere modificato da certificazioni mediche successive, l'amministrazione è tenuta a chiedere un'ulteriore visita fiscale per l'accertamento della nuova situazione (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

FINANZIARIA PER L'ANNO 2010: NUOVE MODALITÀ DI PAGAMENTO DEGLI STIPENDI PER IL PERSONALE DELLE AMMINISTRAZIONI DELLO STATO

Allo scopo di semplificare, razionalizzare e omogeneizzare i pagamenti delle retribuzioni fisse e accessorie dei pubblici dipendenti, di favorire il monitoraggio della spesa del personale e di assicurare il versamento unificato

delle ritenute previdenziali e fiscali, a partire dal 30.11.2010 il pagamento delle competenze accessorie, spettanti al personale delle amministrazioni dello Stato che per il pagamento degli stipendi si avvalgono delle procedure informatiche e dei servizi del ministero dell'economia e delle finanze - dipartimento dell'amministrazione generale, del personale e dei servizi, e' disposto congiuntamente alle competenze fisse mediante ordini collettivi di pagamento di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 31.10.2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 295 del 17.12.2002.

«..... GA.....»

DIVIETO DI "PATTEGGIARE" PER FATTI VERIFICATISI SUCCESSIVA- MENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DEL D. LGS. 150/09

Dalla data di entrata in vigore del d. lgs. 150/09 e per fatti successivamente verificatisi, è vietato "patteggiare" la sanzione facendo ricorso a tipologie diverse da quelle previste dalla legge o dal contratto collettivo (cfr. circolare 27.11.2009, n. 9, dipartimento della funzione pubblica).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LE NOVITÀ IN MATERIA SANZIONATORIA PREVISTE DAL D. LGS. 27.10.2009, N. 150 (ATTUAZIONE DELLA L. 4.3.2009, N. 15 - C.D. LEGGE “BRUNETTA”). SINTESI DI UNA PRIMA ANALISI

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Il ruolo dei dirigenti, i compiti ad essi assegnati. L'aumento dei profili di responsabilità dirigenziale e le sanzioni. Le figure di responsabilità dei dipendenti pubblici. Il regime sanzionatorio. Il procedimento disciplinare. I casi di sospensione. Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale. Applicabilità del d. lgs. 155/09 alle fattispecie disciplinari pendenti alla data della sua entrata in vigore. I chiarimenti forniti dalla circolare 27.11.2009, n. 9 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento per la funzione pubblica. Il rafforzamento dei poteri ispettivi dell'ispettorato per la funzione pubblica

Il d. lgs. 27.10.2009, n. 150 dà attuazione alla legge delega 4.3.2009, n. 15 di modifica del d. lgs. 30.3.2001, n. 165.

Lo spirito della c.d. legge “Brunetta” è il coinvolgimento della PA nel sistema economico nazionale ed internazionale, surrogando la logica del mercato e della concorrenza proprie del settore privato con il principio della misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* delle attività delle amministrazioni pubbliche nel loro complesso, nonché delle varie articolazioni organizzative e quelle dei singoli dipendenti.

La logica della *performance*, che rappresenta uno degli assi portanti della legge di riforma, è tesa a premiare il merito e a consentire il raggiungimento, da parte della PA, di standard qualitativi ed economici elevati, tendenti al pieno soddisfacimento dell'interesse dei destinatari delle prestazioni della amministrazione pubblica. (c.d. *customer satisfaction*).

Il ciclo generale di gestione delle *performance*, collettive ed individuali, rappresenta una delle strutture portanti della legge di riforma in commento.

L'altro perno della riforma, indissolubilmente collegato al primo, è la ridefinizione

del ruolo e delle competenze del dirigente pubblico, attraverso le nuove disposizioni dettate in materia di responsabilità disciplinare non solo per la figura dirigenziale ma anche per il restante personale.

Per quanto attiene la figura del dirigente, (oltre che, generalmente, di coloro che pur non essendo dirigenti sono comunque titolari di posizione organizzativa in enti in cui tale ruolo non è previsto) la nuova normativa attribuisce ad esso:

- il raggiungimento del progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico;
- il riconoscimento non solo del merito ma anche del demerito;
- il dovere di collaborazione con gli organi di vertice per la attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo.

Oltre alla organizzazione e alla gestione del personale (fatta salva l'informazione ai sindacati, se prevista dai contratti collettivi nazionali) nel rispetto del principio delle pari opportunità, il dirigente dovrà individuare i profili professionali necessari per lo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui è preposto (individuazione che deve tradursi in una proposta finalizzata alla defini-

zione del programma triennale del fabbisogno del personale) nonché gli eventuali esuberi.

Anticipando quanto si dirà *infra* circa le forme di responsabilità dirigenziale, si precisa sin d'ora che la mancata indicazione delle eccedenze del personale integra una ipotesi di responsabilità del dirigente per danno erariale (art. 33 d. lgs. 30.3.2001, n. 165, novellato).

Altra importante competenza riguarda la valutazione dei dipendenti (funzione affidata al dirigente generale), prodromica per le progressioni economiche e di carriera, delle indennità e dei premi incentivanti, nel rispetto del principio meritocratico.

Compito precipuo dei dirigenti (generali), inoltre è quello di contribuire alla definizione delle misure idonee a prevenire e contrastare i fenomeni di corruzione, controllandone il rispetto da parte dei dipendenti (art. 16, d. lgs. 165/01, novellato).

Le principali figure di responsabilità dirigenziale - che dovranno essere accertate previa contestazione degli addebiti nel rispetto del principio del contraddittorio - sono previste dall'art. 21, d. lgs. 165/01, novellato, per: "mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del d. lgs. di attuazione della l. 4.3.2009, n. 15"; "inosservanza delle direttive impartite imputabile al dirigente". Deve trattarsi di direttive di carattere generale, impartite per iscritto da parte del soggetto competente.

Conseguenza sanzionatoria in tali casi, ferma la eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo cui sopra si è fatto cenno, è l'impossibilità del rinnovo del medesimo incarico dirigenziale ovvero, nei casi più gravi, la revoca dell'incarico o la risoluzione del rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

Nel caso di inosservanza dei compiti attribuiti al dirigente in materia di gestione e controllo del personale traducesi nella "colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici (del dirigente, ndr) degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'art. 13 ...", l'art. 21, cpv. b), d. lgs. 165/01 novellato prevede la sanzione patrimoniale, irrogata sentito il Comitato dei garanti, della ridu-

zione della indennità di risultato sino alla misura dell'ottanta per cento, in funzione della gravità della condotta.

L'art. 24 d. lgs. 165/01, novellato, prevede l'ulteriore sanzione della mancata corresponsione del trattamento accessorio collegato ai risultati conseguiti, nel caso in cui il dirigente non dovesse rispettare il termine di sei mesi dal 15.11.2009, data di entrata in vigore del d. lgs. 150/09, entro cui predisporre il sistema di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*.

Questo anche nella ipotesi in cui l'inerzia o l'omissione del dirigente nell'adempimento dei propri compiti, comporti la mancata adozione del Piano *della performance* e/o del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (art. 10, co. 5, d. lgs. 150/09).

Specularmente, al dirigente che consegue i risultati richiesti, dovrà essere corrisposto il trattamento accessorio pari ad almeno il trenta per cento della retribuzione complessiva del dirigente, al netto della retribuzione individuale di anzianità e degli incarichi aggiuntivi soggetti al regime della omnicomprensività (art. 24, d. lgs. 165/01, novellato).

L'indicata soglia del trenta per cento andrà raggiunta progressivamente, mediante contrattazione collettiva, entro la tornata contrattuale successiva a quella decorrente dal 1.1.2010.

Secondo quanto dispone l'art. 55 *sexies*, co. 3 d. lgs. 165/01 novellato, al dirigente che, con dolo o colpa grave, abbia omesso o quanto meno ritardato di esercitare l'azione disciplinare ovvero abbia irragionevolmente ed infondatamente ritenuto, con motivazioni palesemente errate, insussistente l'illecito disciplinare contestato al dipendente, si applicherà la sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione fino ad un massimo di tre mesi (se la sanzione applicabile fosse stata il licenziamento) oltre alla mancata corresponsione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo di durata della sospensione.

L'art. 55 *bis*, co. 7, d. lgs. 165/01 novellato prevede la sanzione disciplinare del dirigente (o del dipendente per come si dirà *infra*) pari alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di giorni 15, commisurata alla gravità

dell'illecito, nella ipotesi in cui lo stesso, pur a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti in merito ad un procedimento disciplinare in corso nei confronti di un dipendente o di altra amministrazione, rifiuti senza giustificato motivo la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente, ovvero renda dichiarazioni false o reticenti.

L'art. 55 *septies* regola le assenze per malattia dei dipendenti, le fasce orarie di reperibilità e le modalità della circolazione (telematica) dei certificati medici giustificativi l'assenza.

Trattasi di misure di vero e proprio contrasto all'assenteismo, la cui violazione integra un preciso addebito del responsabile della struttura di cui il lavoratore assente fa parte e del dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale (co. 6), ai quali sono applicabili le sanzioni ex artt. 21 e 55 *sexies*, d. lgs. 165/01 novellato sopra richiamate, oltre a una precisa responsabilità in capo ai medici per la inosservanza degli obblighi di trasmissione (co. 4).

Fin qui le sanzioni disciplinari riferibili ai soli dirigenti.

Per quello che concerne le responsabilità previste genericamente per tutti i dipendenti pubblici è da precisare che il miglioramento della efficienza degli enti pubblici e il contrasto ai fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo auspicato dalla nuova legge, non potesse prescindere, oltre che dalla incentivazione del merito, dalla previsione di sanzioni disciplinari e di responsabilità non contemplate dalla precedente normativa.

In precedenza, infatti, era la contrattazione collettiva a definire e regolare la materia disciplinare, residuando al d. lgs. 165/01 le disposizioni di una normazione di principio che di fatto svuotava di efficacia e di forza l'intero apparato sanzionatorio.

Le disposizioni introdotte dalla recente legge delega, invece, presuppongono che debba essere la legge a prevalere sulla disciplina di fonte contrattuale nel regolare la materia disciplinare, stante il carattere imperativo, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, co. 2 del c.c., delle disposizioni disciplinari per i dipendenti di tutte le pubbliche amministrazioni (comprese, quindi, regioni ed enti locali che,

per il ridimensionamento della propria autonomia regolamentare, sono obbligati ad adeguare entro il 31.12.2010 i rispettivi ordinamenti ai principi contenuti negli artt. 3, 4, 5 co. 2, 7, 9 e art. 15, co. 1, d. lgs. 150/09). Alla contrattazione rimane, comunque, la disciplina della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni fermo restando, giova ripeterlo, il vincolo a dare attuazione alle scelte legislative.

Premesso come la responsabilità disciplinare si aggiunga a quella civile, penale ed amministrativo-contabile, l'art. 55 d. lgs. 165/2001 novellato introduce *ex novo* ulteriori sette articoli.

L'art. 55 *quater* enumera le ipotesi che possono dare luogo al licenziamento.

Le singole fattispecie potranno essere ampliate ma non diminuite dalla contrattazione collettiva.

Oltre al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, l'art. 55 *quater* prevede il licenziamento nel caso in cui si verifichi:

a) la falsa attestazione della presenza in servizio. Il licenziamento avrà luogo senza preavviso. E' da precisare, da subito, come l'art. 55 *quinquies* preveda, in aggiunta al licenziamento e fermo quanto previsto dal c.p., la reclusione da 1 a 5 anni oltre alla multa da 400 a 1.600 euro, oltre al risarcimento del danno erariale (pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi di accertata mancata prestazione), nonché al danno di immagine subito dalla PA;

b) la falsa certificazione medica e falsa attestazione dello stato di malattia. Anche in questa ipotesi il licenziamento ha luogo senza preavviso e trova applicazione l'art. 55 *quinquies*.

All'evidente scopo di rafforzare le misure volte ad arginare l'assenteismo nel pubblico impiego, l'art. 55 *quinquies* estende al medico e a chiunque altro abbia concorso nella commissione del reato la pena prevista per il dipendente, oltre alla sanzione disciplinare della radiazione dall'albo e al licenziamento disciplinare per giusta causa o alla decadenza dalla convenzione se il sanitario è convenzionato con il SSN o dipendente di una struttura pubblica. Le medesime sanzioni disciplinari trovano applicazione quando il medico rilascia certificazioni che attestino dati clinici

non direttamente constatati né oggettivamente documentati;

c) assenze prive di valida giustificazione superiori a 3 giorni, anche se non continuative nell'arco di un biennio o comunque per non più di 7 giorni nel corso degli ultimi 10 anni, ovvero la mancata ripresa dal servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione. In questo caso il licenziamento è disciplinare;

d) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dalla amministrazione per motivate esigenze di servizio (licenziamento disciplinare);

e) documenti e/o dichiarazioni false commesse ai fini della assunzione nel posto di lavoro (licenziamento senza preavviso);

f) condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui, reiterate, nei confronti dei dirigenti, colleghi, utenti e cittadini (licenziamento senza preavviso);

g) condanna penale definitiva_ rispetto alla quale è prevista la interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro. Da sottolineare come la sanzione del licenziamento (senza preavviso) sia direttamente correlata alla condanna a prescindere dalla concreta applicazione o meno, in sede penale, delle indicate pene accessorie;

h) valutazione di insufficiente rendimento per almeno due anni dovuta alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti o provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento (il licenziamento è disciplinare).

L'art. 55 *sexies*, d. lgs. 165/01 novellato, prevede, inoltre, altre ipotesi di responsabilità disciplinare quando il comportamento del dipendente, violando gli obblighi concernenti la prestazione lavorativa stabilita da leggi, regolamenti, contratti collettivi o atti amministrativi, abbia determinato la condanna della PA di appartenenza al risarcimento del danno.

In questo caso, se non ricorrono i presupposti per l'applicazione di altra sanzione disciplinare, il dipendente è assoggettato, in

proporzione all'entità del risarcimento e senza considerare la condotta o le ragioni, alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di 3 giorni a un massimo di 3 mesi.

Sempre l'art. 55 *sexies*, disciplina l'ipotesi in cui il dipendente arrechi un grave danno all'ufficio di appartenenza, per inefficienza ed incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione dei dipendenti pubblici.

All'esito del relativo procedimento disciplinare, la responsabilità che ne dovesse conseguire viene pesantemente sanzionata con il collocamento del dipendente in disponibilità con diritto, per due anni, all'80% del trattamento economico fondamentale, senza poter beneficiare degli aumenti retributivi *medio tempore* intervenuti ma con permanenza della maturazione dell'anzianità ai fini pensionistici. Viene inoltre prevista la iscrizione del dipendente nella specifica lista ai fini del collocamento presso altra PA: a tal fine il provvedimento disciplinare dovrà indicare le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento.

Le sanzioni di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3, concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare e previste, come sopra detto, per il dirigente, trovano applicazione, ove non diversamente previsto dal contratto collettivo, anche con riferimento al dipendente che, pur non rivestendo qualifica di dirigente, risulti comunque preposto alla medesima funzione.

Stessa cosa per le sanzioni di cui all'art. 55 *bis*, co. 7.

L'art. 55 *bis* d. lgs. 165/01 novellato disciplina un procedimento disciplinare rapido e semplificato, c.d. "*breve*" e uno c.d. "*ordinario*".

Il primo viene attivato per le infrazioni disciplinari di minore gravità, cui consegue una sanzione superiore al rimprovero verbale sino alla sospensione dal servizio, con privazione della retribuzione per non più di dieci giorni.

Il secondo procedimento è previsto per le infrazioni più gravi per le quali è prevista la sanzione superiore od uguale alla sospensione dal servizio, con privazione della retribuzione per non più di dieci giorni.

Presupposto del procedimento "*breve*" è

che il responsabile della struttura, nella quale lavora il dipendente cui è addebitato l'illecito, abbia qualifica dirigenziale.

Il procedimento "breve" - che, analogamente a quanto avviene per il procedimento "ordinario" di cui si dirà oltre, prevede la contestazione per iscritto dell'addebito al dipendente, la convocazione per il contraddittorio in sua difesa, lo svolgimento della eventuale attività istruttoria e la conclusione del procedimento - è caratterizzato dalla brevità dei termini che sono perentori. La violazione dei termini previsti comporta la decadenza della azione disciplinare per la PA e per il dipendente la decadenza dall'esercizio del diritto di difesa:

- 20 giorni per la contestazione scritta dell'addebito, decorrenti dalla acquisizione della notizia dell'illecito;

- 10 giorni di preavviso per consentire al lavoratore di essere ascoltato a propria difesa (con l'assistenza di un legale di propria fiducia o con un rappresentante sindacale);

- 60 giorni (prima erano 120) per la conclusione del procedimento decorrenti dalla iniziale contestazione da parte del responsabile della struttura con qualifica dirigenziale ed entro i quali verrà disposta, alternativamente, l'archiviazione o la irrogazione della sanzione.

Nel caso non esistesse qualifica dirigenziale, sarà uno specifico ufficio individuato *ad hoc* presso ciascuna amministrazione, ad esercitare le potestà disciplinari.

Tale ufficio sarà competente non solo, si ripete, per le sanzioni di minore gravità laddove il responsabile della struttura ove lavora l'incolpato non abbia qualifica dirigenziale, ma anche e comunque per le infrazioni più gravi.

Per dette infrazioni, come sopra richiamate, il procedimento sarà di tipo "ordinario" caratterizzato, rispetto al "breve", dalla scansione doppia dei tempi, sempre tassativi e con le decadenze sopra indicate:

- 40 giorni per la contestazione scritta dell'addebito, decorrenti dalla data di trasmissione degli atti all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari da parte dal responsabile della struttura non dirigente ovvero dalla *notitia damni*;

- 20 giorni di preavviso per l'audizione

dell'incolpato;

- 120 giorni per la conclusione del procedimento.

Comune ad entrambi i procedimenti è la previsione che il termine di conclusione possa essere differito, per una volta soltanto, quando l'incolpato, per un grave ed oggettivo impedimento, non potendo esercitare il proprio diritto di difesa chiedi una proroga. Nel caso la richiesta di proroga venga accolta e questa superi i 10 giorni, il termine di conclusione del procedimento subirà un differimento in misura corrispondente al numero dei giorni richiesti dal dipendente.

Viene inoltre stabilito, indifferentemente per le due tipologie di procedimenti disciplinari, il diritto di accesso dell'incolpato agli atti istruttori e la possibilità, da parte della stessa autorità procedente, di acquisire da altre PA - che, per quanto sopra già detto, non potranno rifiutarsi, senza giustificato motivo, di collaborare con l'autorità disciplinare procedente, astenendosi dal rendere dichiarazioni false o reticenti - elementi utili per la definizione del procedimento, senza che ciò determini la sospensione né il differimento dei relativi termini.

La riforma in commento, innovativamente rispetto al passato, prevede all'art. 55 *bis*, co. 8 novellato che, nel caso di trasferimento presso altra amministrazione pubblica del dipendente incolpato, se il procedimento disciplinare è iniziato presso la amministrazione di provenienza e i termini sono ancora pendenti, questi vengano interrotti per riprendere a decorrere dalla data del trasferimento presso la nuova amministrazione.

Se, invece, l'azione disciplinare non fosse ancora iniziata, essa si svolgerà presso la nuova amministrazione ancorché gli addebiti si riferiscano a fatti commessi in costanza di servizio presso l'amministrazione di provenienza.

Se il procedimento si fosse invece definito presso la amministrazione di provenienza, la relativa sanzione verrà applicata dalla amministrazione nella quale il dipendente si sarà *medio tempore* trasferito.

Nel caso in cui il procedimento disciplinare si riferisca ad infrazioni particolarmente gravi, sanzionate con il licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione

cautelare dal servizio, la domanda di dimissioni presentate dal dipendente incolpato non interromperà il procedimento che l'amministrazione ha attivato nei suoi confronti, che dovrà essere portato a compimento “ (...) ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro” (co. 9, art. 55 bis).

Trattasi di disposizione innovativa ed attuativa lo spirito della legge, in quanto elimina in radice l'eventualità che il ricorso alle dimissioni possa rappresentare, per il dipendente, il pretesto per evitare le conseguenze giuridiche derivanti dalla irrogazione del licenziamento (tra le quali il divieto di nuove assunzioni presso le pubbliche amministrazioni), consentendogli di recuperare anche, successivamente alle dimissioni, la parte del trattamento economico che non gli era stata corrisposta proprio per effetto della sospensione cautelare dal servizio.

Il provvedimento disciplinare può essere ora impugnato con ricorso al Giudice del lavoro (preceduto dal rituale tentativo obbligatorio di conciliazione avanti l'UPLMO), secondo quanto disposto dagli artt. 409 e segg. c.p.c.

L'art. 55, co. 3, d. lgs. 165/01 novellato dispone che la contrattazione collettiva non possa istituire procedure di impugnazione dei procedimenti disciplinari.

La contrattazione ha però la facoltà di prevedere e disciplinare le procedure di conciliazione non obbligatorie, con l'unico limite che non potranno essere attivate nel caso in cui la sanzione prevista fosse il licenziamento.

Dal carattere non obbligatorio della procedura di conciliazione consegue che la PA è libera di non accettare la richiesta del dipendente.

La sanzione e/o la sua durata decisa in sede conciliativa potrà essere in misura ridotta rispetto a quella prevista dalla legge o dal contratto collettivo ma sempre mantenendo la medesima tipologia di sanzione.

In altri termini, dalla data di entrata in vigore del d. lgs. 150/09 e per fatti successivamente verificatisi, è vietato “patteggiare” la sanzione facendo ricorso a tipologie diverse da quelle previste dalla legge o dal contratto collettivo (cfr. circ. 27.11.2009, n. 9, dipartimento della funzione pubblica).

Il ricorso alla conciliazione dovrà essere instaurato e concluso entro 30 giorni dalla contestazione dell'addebito (e comunque prima della irrogazione della sanzione) con decisione non impugnabile. Tale procedura sospende i termini del procedimento disciplinare che riprendono a decorrere in caso di esito negativo della conciliazione.

La legge abolisce i collegi arbitrali di impugnazione.

L'art. 73 d. lgs. 150/09 vieta, a pena di nullità, a far data dalla data di entrata in vigore del decreto, l'impugnazione delle sanzioni disciplinari avanti i collegi arbitrali.

Entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto devono essere definiti, a pena di nullità degli atti, i procedimenti eventualmente pendenti avanti i collegi arbitrali.

Trattasi di disposizioni confermate e ribadite dalla circolare 9/2009 appena richiamata.

L'art. 55 *ter* disciplina il caso in cui la fattispecie che ha dato luogo al procedimento disciplinare abbia ad oggetto fatti e circostanze per i quali procede anche l'autorità giudiziaria penale.

Nel caso di infrazioni proprie del procedimento disciplinare “breve”, l'esistenza di un parallelo procedimento penale non sospende il procedimento disciplinare che, quindi, si conclude con una valutazione autonoma e tempestiva (proprio per il tipo di procedimento) di fatti che non presentano profili di particolare gravità o complessità.

Nel caso invece si fosse nell'ambito di procedimento “ordinario” - non perché il capo struttura dell'incolpato non rivesta qualifica dirigenziale, pur concernendo infrazioni meno gravi, ma perché, come sopra detto, le infrazioni contestate sono particolarmente gravi - il procedimento disciplinare può essere sospeso dall'ufficio disciplinare procedente, in attesa della conclusione del procedimento penale, quando l'accertamento dei fatti addebitati al dipendente risulti particolarmente complesso e/o quando, terminata l'istruttoria, l'ufficio per i procedimenti disciplinari non disponga di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione.

Il procedimento disciplinare che venga sospeso dovrà essere ripreso entro 60 giorni dalla comunicazione della sentenza penale.

Se il procedimento disciplinare si è invece

concluso, dovrà essere riaperto nei seguenti casi:

- quando si sia concluso con la irrogazione di una sanzione, mentre il procedimento penale è stato definito con una sentenza irrevocabile di assoluzione (perché il fatto addebitato al dipendente non sussiste, o perché non costituisce illecito penale, o perché da lui non commesso). Entro sei mesi dalla irrevocabilità della sentenza penale il dipendente, a pena di decadenza, può fare istanza all'ufficio procedente che, riaprendo il procedimento disciplinare e per effetto dell'efficacia di giudicato della sentenza penale ai sensi del co. 1, art. 653 c.p.p., modificherà o confermerà la sanzione precedentemente irrogata;

- quando si sia concluso con l'archiviazione mentre quello penale è definito con sentenza irrevocabile di condanna;

- quando si sia concluso con una sanzione diversa dal licenziamento, laddove il fatto accertato dalla condanna inflitta dal giudice penale comporti, invece, la sanzione del licenziamento.

In questi due ultimi casi la riapertura del procedimento disciplinare avviene d'ufficio. L'ufficio procedente dovrà adeguarsi al giudicato penale ai sensi dell'art. 653, co. 1 *bis*, c.p.p.

La ripresa e la riapertura del procedimento avvengono con il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte della autorità disciplinare e il procedimento prosegue secondo quanto previsto dall'art. 55 *bis* d. lgs. 165/01 novellato. Il procedimento dovrà concludersi entro 180 giorni dalla data della ripresa o della riapertura.

Ai fini della tempestività dell'azione disciplinare per fatti che hanno dato luogo anche a giudizio penale, è da precisare come l'art. 70 d. lgs. 150/09 preveda espressamente, in capo alla cancelleria del Giudice penale che ha pronunciato una sentenza penale (anche se non irrevocabile) nei confronti di un dipendente pubblico, l'obbligo della comunicazione del dispositivo alla amministrazione del dipendente, attraverso modalità telematiche, entro 30 giorni dal deposito della sentenza.

La circolare 27.11.2009, n. 9, del dipartimento della funzione pubblica sopra richiamata, fornisce alcuni chiarimenti anche per

quel che concerne la decorrenza della applicabilità del d. lgs. 150/09 sul procedimento disciplinare e sui rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale.

In linea generale la nuova disciplina si applica ai fatti rilevanti acquisiti dopo l'entrata in vigore della riforma.

Il problema si pone per i casi in cui l'amministrazione, dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 150/09, venga a conoscenza di fatti che sono stati commessi prima di tale data.

In tale evenienza, la circolare 9/09 chiarisce che l'organo procedente dovrà fare riferimento alla normativa contrattuale e legislativa previgente per quel che concerne lo svolgimento del procedimento disciplinare e con riguardo ai rapporti tra questo e quello penale.

Mentre, per la applicazione della disciplina sostanziale relativa alle infrazioni contestate e alle sanzioni, la circolare in commento precisa che "... *le nuove fattispecie disciplinari e penali non potranno trovare applicazione a fatti che si sono verificati prima dell'entrata in vigore della legge in quanto più sfavorevoli all'inculpato*".

L'art. 60 del d. lgs. 165/01 novellato, rafforza ed amplia i poteri ispettivi dell'Ispettorato per la funzione pubblica istituito presso il dipartimento della funzione pubblica.

L'Ispettorato vigila, nella sostanza, sul corretto esercizio della attività amministrativa nel suo complesso - stante l'espressa competenza ad esso riconosciuta dalla norma di verifica "(...) *sulla conformità dell'azione amministrativa ai principi di imparzialità e buon andamento* (...) " - ed attua il controllo del rispetto delle norme relative agli aspetti gestionali e strategici delle amministrazioni.

Da sottolineare come l'Ispettorato debba, tra l'altro, dare risposta alle segnalazioni avanzate dai cittadini. A tal fine l'Ispettorato richiederà alle amministrazioni interessate le necessarie informazioni che dovranno essere da queste riscontrate entro i successivi 15 giorni.

Gli accertamenti e le verifiche svolte dall'Ispettorato dovranno, obbligatoriamente, essere oggetto di valutazione per l'accertamento e la individuazione delle responsabilità e per le eventuali sanzioni disciplinari in capo ai dipendenti.

Gli Ispettori svolgono le proprie attribuzioni in piena autonomia, con obbligo di denuncia delle irregolarità riscontrate alla Procura generale della Corte dei Conti.

Un'ultima precisazione. Il co. 3 dell'art. 73, d. lgs. 150/09 prevede espressamente che le disposizioni legislative vigenti su fattispecie sanzionatorie non incompatibili con la normativa introdotta dal medesimo d. lgs.,

continueranno ad essere applicabili sino alla data del rinnovo del contratto collettivo di settore, che andrà a scadere successivamente alla entrata in vigore del d. lgs. 150/09.

Successivamente, la contrattazione collettiva dovrà definire la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni nel rispetto e fatto salvo quanto previsto dall'art. 55, co. 2 d. lgs. 165/01 novellato.

«.....GA.....»

IL RITARDO NELLA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO ALLA LUCE DELLA L. 18.7.2009, N. 69. LA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE, LA RESPONSABILITÀ PENALE, LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

La l. 10.6.2009, n. 69, novellando la l. 241/90, che prevede, fatta qualche eccezione, un termine finale per la conclusione del procedimento amministrativo, sembrerebbe riconoscere il risarcimento del danno da mero ritardo, per l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, anche in assenza dell'accertamento della spettanza del bene della vita. Entro il 4.7.2010 (un anno dalla entrata in vigore della l. 69/09), regioni ed enti locali dovranno aver regolamentato le nuove disposizioni normative sui tempi di conclusione del procedimento amministrativo che, comunque, non potrà essere superiore a centottanta giorni. Il rapporto tra la responsabilità del dirigente e quella del responsabile del procedimento

Gli interventi normativi succedutisi dopo il varo della l. 241/90, hanno reso palese il crescente interesse del legislatore teso a garantire il rispetto dei tempi procedurali da parte delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle territoriali.

La l. 69/09, in linea di continuità con le due riforme del 2005 (l. n. 15/2005 e n. 80/2005), aggiunge un tassello importante finalizzato a poter consentire una sempre più incisiva semplificazione ed ottimizzazione della azione amministrativa, proponendosi di rivoluzionare il modo di concepire l'inerzia della PA.

I cittadini potranno confidare in una maggiore certezza della qualità e, soprattutto, della tempestività dell'azione amministrativa in quanto, con la legge appena entrata in vigore, vengono definiti in maniera più stringente i termini per provvedere e le nuove forme di responsabilità in caso di loro inosservanza.

L'elemento maggiormente caratterizzante la l. 69/09 è la previsione, per via legislativa (e salvo poche eccezioni), di un termine finale per la conclusione di tutti i procedimenti amministrativi, in ossequio ai principi di certezza ed uniformità dell'azione amministrativa. Detta previsione dovrebbe consentire la eliminazione, in radice, di quella che per anni è stata la violazione, da parte di molte amministrazioni, dell'obbligo di determinare i tempi per lo svolgimento della propria attività

amministrativa e di definizione del procedimento da esse gestito.

L'art. 2 l. 241/90 novellato dall'art. 7, lett. b) l. n. 69/09, ha riportato a trenta giorni il termine generale per la obbligatoria conclusione del procedimento amministrativo decorrenti, rispettivamente, dal ricevimento della domanda - se il procedimento è ad iniziativa di parte - o dall'inizio del procedimento d'ufficio. Tale termine è riferibile a tutti quei procedimenti amministrativi per i quali la legge non preveda un termine diverso.

E' facoltà delle amministrazioni pubbliche individuare termini di conclusione del procedimento superiori a 90 giorni sino ad un massimo di 180 (cpv. 4) nei casi di "particolare complessità del procedimento ... con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione".

Secondo quanto dispone l'art. 10, co. 2 quater l. 69/09, anche le regioni e gli enti locali possono prevedere, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, un termine di conclusione del procedimento inferiore a quello previsto dalla legge generale, ovviamente nel rispetto dei parametri e delle formalità ivi previste.

Trattasi della conferma, *ex lege*, dell'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza che riconosceva, appunto, il ricorso al c.d. termine suppletivo *ex co. 2 l.*

241/90 a qualsiasi amministrazione pubblica, anche locale.

Entro il 4.7.2010 (un anno dalla entrata in vigore della l. 69/09) le disposizioni regolamentari vigenti che prevedono termini per la conclusione del procedimento superiori a 90 giorni cesseranno di avere effetto, con la conseguente applicazione del termine ordinario dei 30 giorni. Continueranno invece ad applicarsi le disposizioni regolamentari in vigore alla data di entrata in vigore della nuova l. che prevedono termini non superiori a 90 giorni per la conclusione dei procedimenti.

L'art. 2, co. 6 l. 241/90 novellato, dispone che il termine per provvedere decorre dalla data di ricevimento dell'istanza nei procedimenti ad iniziativa di parte, ovvero dall'inizio del procedimento d'ufficio.

Il successivo co. 7, innovando rispetto alla previgente normativa, prevede che i termini per la conclusione del procedimento amministrativo possano essere sospesi per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per la sola necessità di acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

Trattasi di facoltà di carattere eccezionale, conseguente alla necessità di acquisire informazioni che non sono nella disponibilità dell'ufficio.

Il co. 7 fa salvo quanto previsto dal successivo art. 17 che disciplina l'ipotesi in cui, per espressa disposizione di legge o di regolamento, l'adozione del provvedimento venga subordinata alla preventiva acquisizione di valutazioni tecniche di organi od enti appositi. Se questi non provvedono o non rappresentano esigenze istruttorie di competenza dell'amministrazione precedente nei termini prefissati dalla stessa disposizione o, in mancanza, entro 90 giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento dovrà chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi della amministrazione pubblica o ad enti pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari.

La mancata definizione del procedimento e la mancata emanazione del provvedimento

nel rispetto dei tempi prestabiliti, oltre a comportare la risarcibilità del danno da ritardo da parte della PA (art. 2 *bis*) - di cui si parlerà oltre - costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale ed elemento di valutazione dei dirigenti (art. 2, co. 9).

Il co. 9 in commento, dispone infatti come la *"mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale"*.

La responsabilità dirigenziale ex art. 2, co. 9 l. 241/90 novellata, costituisce una ipotesi di responsabilità che si aggiunge, senza sovrapporsi, a quella civile, penale, disciplinare ed amministrativo contabile prevista per tutti i dipendenti pubblici, nonché a quelle precise previste dal d. lgs. 27.10.2009, n. 150 di attuazione della l. 4.3.2009, n. 15 (cd. *"legge Brunetta"*).

Il ritardo nella definizione dei procedimenti concorre a dare luogo, oltre alla responsabilità dirigenziale per quanto sopra sinteticamente esposto, ad *"(...) un elemento di valutazione dei dirigenti: di esso si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato"* (art. 7, co. 2, l. 69/09).

E' legittimo porsi la domanda se e come la nuova legge andrà ad incidere sul piano del rapporto interno tra il dirigente e il ruolo del responsabile del procedimento, nominato dal primo ai sensi dell'art. 5, l. 241/90.

La l. 69/09, nell'attribuire al dirigente la responsabilità per effetto della violazione dei termini di durata massima dei procedimenti amministrativi, sembrerebbe voler quasi sconfessare il modello collaudato e radicato nella PA caratterizzato da una separazione e contestuale interrelazione tra il ruolo del dirigente e quello dei dipendenti (tra cui, ovviamente, il responsabile del procedimento).

Se, a tutt'oggi, è al responsabile del procedimento che, nell'adempiere in piena autonomia per le particolari competenze tecniche l'incarico conferitogli dal dirigente, sono imputabili i risultati e le eventuali disfunzioni (laddove al dirigente spettano funzioni di coordinamento e vigilanza per il raggiungimento degli obiettivi posti dalla PA), lascia perplessi constatare come la novella appena entrata in vigore riconosca e disciplini solo la responsabilità per ritardo del dirigente, senza

alcun richiamo né coordinamento con le attribuzioni del responsabile del procedimento

Solo la casistica e le prime applicazioni pratiche potranno contribuire a fare chiarezza sul punto, insieme alle linee di indirizzo ministeriali prefigurate dall'art. 7 l. 69/09.

Per quello che concerne le conseguenze per il ritardo da parte dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo, va premesso come il risarcimento del danno ingiusto in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, per come disciplinato dall'art. 2 *bis* della l. 241/90 novellata, sembra eliminare, in radice, le opposte conclusioni caratterizzanti la teoria della responsabilità di natura contrattuale piuttosto che extracontrattuale della PA.

L'art. 2 *bis* sembrerebbe contribuire a comporre, anche, gli opposti arresti della giurisprudenza amministrativa sul punto (per tutti CdS, VI, 12.1.2009, n. 65 e TAR Lazio, II *bis*, 16.3.2009, n. 2694) circa la risarcibilità del danno a prescindere dall'utilità finale alla quale tendeva l'istante all'avvio del procedimento.

In buona sostanza l'art. 2 *bis* della l. 241/90 novellata sembrerebbe riconoscere di fatto il c.d. "danno da mero ritardo", cioè il danno derivante al privato per effetto della semplice (mera) inosservanza delle regole procedurali da parte della PA consistenti, nello specifico, nella mancata, tempestiva, adozione del provvedimento amministrativo.

Lo spirito della l. 69/09 impone una riflessione su come gli standard di efficienza ora richiesti alle amministrazioni pubbliche debbano necessariamente coniugarsi con il principio dell'onere della prova per effetto del quale, in ragione del pressoché unanime riconoscimento da parte della dottrina e della giurisprudenza della natura extracontrattuale o aquiliana della responsabilità della PA, spetti al privato provare tutti gli elementi costitutivi della propria domanda di risarcimento e, cioè, il danno nel suo preciso ammontare, il nesso causale tra il comportamento e l'evento dannoso, il dolo e la colpa.

La disposizione di cui all'art. 23 della l. 69/09, recante "Diffusione delle buone prassi nella PA e tempi per l'adozione dei provvedimenti o per la erogazione dei servizi al

pubblico", nel prevedere che ogni amministrazione (le regioni e gli enti locali dovranno all'uopo concludere accordi con lo Stato in sede di conferenza unificata, art. 23, co. 4) dovrà individuare nel proprio ambito gli uffici che provvedono "con maggiore tempestività ed efficacia alla adozione di provvedimenti o all'erogazione di servizi che assicurano il contenimento dei costi di erogazione delle prestazioni, che offrono i servizi di competenza con modalità tali da ridurre significativamente il contenzioso e che assicurano il più alto grado di soddisfazione degli utenti", aumenta di fatto il novero dei presupposti legittimanti il soggetto, leso dal ritardo, ad ottenere il risarcimento del danno a prescindere dalla prova del dolo (quando l'azione o l'omissione risulti commessa con coscienza e volontà con previsione dell'evento) o della colpa (quando l'evento è conseguenza della marchiana imperizia, superficialità, noncuranza, non sussistendo oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito d'ufficio).

In altri termini, è legittimo ritenere che sarà sempre più difficile per la PA andare esente da responsabilità nel caso di richiesta di danno da ritardo non potendo più addurre a giustificazione ragioni organizzative interne, stante l'obbligo, ora normativamente imposto dall'art. 23 l. 69/09, di organizzare appunto le proprie strutture in ossequio, si ripete, ai nuovi standard di efficienza richiesti alle singole amministrazioni.

Le controversie relative alla richiesta di risarcimento sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e il diritto deve essere esercitato nel termine di prescrizione quinquennale (a conferma dell'inquadramento della fattispecie in discorso, nel paradigma della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., come poc'anzi accennato).

Il risarcimento del danno potrà essere una somma di danaro corrispondente al bene della vita leso o perduto (quantificato secondo i parametri civilistici di cui agli artt. 1223, 1226, 1227 c.c.), ovvero la ricostituzione della situazione di fatto antecedente alla procurata lesione. Trattasi quest'ultima ipotesi della reintegrazione del danno in forma specifica prevista dall'art. 2058 c.c., che potrà essere

disposta dal Giudice solo se richiesta dal danneggiato e sia in tutto o in parte possibile. Se la reintegrazione risultasse eccessivamente onerosa per la amministrazione responsabile, il Giudice potrà disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente.

Il mancato rispetto dei termini procedurali ovvero la mancata risposta (negativa) da parte della PA può integrare anche l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 328 c.p. (Rifiuto di atti di ufficio. Omissione).

Con una recente sentenza (Cass. Pen. Sez. VI, 2.4.2009, n. 14466) è stata definita la questione di un funzionario responsabile del settore servizi tecnici del comune di Castelvetro che, a seguito di una richiesta di informazioni da parte della destinataria di un

provvedimento di espropriazione e di un successivo sollecito, non compiva nei trenta giorni l'atto del suo ufficio, non rispondendo neanche per esporre le ragioni del ritardo.

La Cassazione ha confermato la sentenza di condanna del funzionario riconosciuta nei precedenti gradi di giudizio ravvisando quindi, nel comportamento del funzionario, la penale responsabilità *ex art. 328, co. 2 c.p.*, quale norma che *“pur posta a tutela del privato, è strutturata in modo da impedire sacche di indebita inerzia nel compimento di atti dovuti, ed anche nella spiegazione ed esposizione (da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio) al richiedente delle ragioni del ritardo verificatosi”* (Cass. Pen., cit.).

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Giuseppe dell'Ozzo

Corte costituzionale, 18.12.2009, n. 336

Patteggiamento ex art. 444 c.p.p. - efficacia del giudicato nel giudizio di responsabilità disciplinare - sussiste.

La Consulta ribadisce la legittimità dell'efficacia della sentenza di patteggiamento nel giudizio di responsabilità disciplinare.

Gli effetti della condanna pronunciata a seguito del patteggiamento - in cui l'imputato dipendente, proprio perché sceglie di patteggiare la pena, non contesta né il "fatto" né la propria "responsabilità" - esplica il medesimo effetto "pregiudicante" della sentenza emessa a seguito di un giudizio ordinario.

Diversamente opinando, la scelta di patteggiare la pena o di ricorrere al rito abbreviato sarebbe l'*escamotage* per impedire che gli elementi probatori acquisiti e presupposti del rito alternativo scelto dall'imputato (appunto, patteggiamento o rito abbreviato) entrino nel procedimento disciplinare.

Corte di Cassazione, Sez., I, 29.7.2009, n. 17550

Contratto di appalto - forma orale - lavori a favore della PA - Mancato pagamento del corrispettivo - azioni - esperibilità.

Se il contratto di appalto per la esecuzione dei lavori a favore della PA è stato stipulato oralmente, quindi senza atto scritto, tra l'assessore o il funzionario comunale e la ditta, quest'ultima potrà agire in giudizio per il mancato pagamento del corrispettivo nei confronti dell'assessore (o del funzionario comunale) e non nei confronti del comune.

La Cassazione ha ribadito le pronunce dei precedenti gradi di giudizio che avevano dichiarato la inammissibilità della richiesta avanzata dalla ditta al comune per il pagamento dei lavori edili eseguiti.

La domanda doveva e poteva essere proposta solo nei confronti dell'assessore ai lavori pubblici - non sussistendo il requisito della sussidiarietà ex art. 2042 c.c. della PA - in quanto il rapporto contrattuale si era esclusivamente rea-

lizzato con esso avendo commissionato oralmente i lavori edili senza il rispetto delle condizioni di cui al d.l 66/89, art. 23, conv. e riprodotto, da ultimo, dal d. lgs. 267/2000.

Corte di Cassazione, Sez. III, 3.4.2009, n. 8157
Danni cagionati da beni demaniali di uso diretto e generalizzato - responsabilità della PA - ex art. 2051 c.c. - sussiste.

A seguito di una frana in Val D'Aosta, un maso investe una autovettura che percorreva una strada, provocando un morto.

La sentenza cassa con rinvio le pronunce dei precedenti gradi di giudizio, ritenendo la PA responsabile ex art. 2051 c.c. (cose in custodia) in quanto il tratto di strada considerato era noto alla PA per la instabilità dell'ammasso roccioso che la sormontava e per i precedenti eventi franosi che, evidentemente, non furono adeguatamente apprezzati.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.12.2009, n. 7703
Dipendente pubblico- destituzione servizio - esiti procedimento penale nel procedimento disciplinare - inutilizzabilità - irrilevanza.

Un agente della polizia è stato destituito dal servizio per aver svolto, all'interno dell'Ufficio ove era addetto, attività in favore di un cittadino straniero esponente di una associazione criminale, per pratiche relative all'acquisto della cittadinanza, rilascio di patente e passaporto nonché per intervenire in occasione di controlli o sequestri delle forze dell'ordine.

Il procedimento penale, sui medesimi fatti posti a motivazione del provvedimento disciplinare, si era chiuso con l'assoluzione per la inutilizzabilità delle intercettazioni in quanto non autorizzate.

Il Collegio, nella sentenza in commento, non ha ritenuto spendibile detta assoluzione penale nel procedimento disciplinare ove, peraltro, il dipendente non ha negato di aver avuto rapporti confidenziali con il soggetto straniero.

Correttamente, rileva il Collegio, sono state sufficienti le attività svolte dall'agente in favore

di tale soggetto accusato di reati gravissimi e ben conosciuti dallo stesso agente, a determinare l'ufficio disciplinare per la destituzione del dipendente.

E' la materialità dei fatti, non contestati dal dipendente in ambito disciplinare, e la confidenzialità con cui questi intratteneva rapporti con un soggetto criminale, ad aver fatto venir meno, in capo alla amministrazione, ogni rapporto di fiducia con il proprio dipendente.

Il Collegio ha statuito come, le prove acquisite nel corso del procedimento penale, anche se risultate inservibili in tale ambito perché non formalmente autorizzate, siano state correttamente utilizzate in sede amministrativa, rendendo inutile ogni ulteriore istruttoria (così determinando il Collegio a respingere la specifica censura del difetto di istruttoria articolata dal dipendente appellante).

Da sottolineare come CdS, VI, 1.9.2000, n. 4647, ha ritenuto che anche le intercettazioni telefoniche conseguite nell'ambito di un processo concluso con il patteggiamento ex art. 444 c.p.p. (in cui, per la peculiarità del rito, non si è dato luogo all'accertamento della correttezza nella acquisizione) possano essere utilizzabili nel procedimento disciplinare.

Corte dei Conti, Sez Lombardia, 12.11.2009, n. 1000/PAR.

Procedimento responsabilità dipendente - scelta difensore - da parte del dipendente - non condivisa dall'ente - rimborso spese legali sostenute - esclusione.

Qualora si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio, l'ente cui il dipendente appartiene si farà carico degli onorari dell'avvocato che lo ha difeso, a condizione che detto legale sia stato scelto prima che il giudizio iniziasse e soprattutto di comune accordo tra il dipendente e l'ente.

Questo per il fatto che se il dipendente vuole che l'amministrazione lo tenga indenne dalle spese legali dallo stesso sostenute per difendersi da addebiti connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio, il legale deve avere il "gradimento" anche dell'ente, in quanto il patrocinio è teso alla tutela di diritti ed interessi comuni sia al dipendente che allo stesso ente.

Corte dei Conti, Sez Lombardia, 20.10.2009, n.

641

Esercizio della azione di risarcimento - danno d'immagine - in pendenza di procedimento penale.

Il P.M. contabile può esercitare l'azione per il risarcimento del danno d'immagine subito da un ente pubblico, anche in pendenza di un procedimento penale e prima della sua conclusione, quando l'impianto probatorio acquisito dall'ente stesso sia di per sé sufficiente per l'esercizio della azione disciplinare.

Il giudizio penale e disciplinare sono autonomi e quello disciplinare non viene interrotto in attesa della definizione di quello penale.

La pronuncia in commento è perfettamente coerente con quanto previsto dal d. lgs. 150/2009 - attuazione della c.d. "legge brunetta"¹ - ove, all'art. 55 *ter*, dispone che il procedimento disciplinare possa essere sospeso dall'Ufficio disciplinare procedente, in attesa della conclusione del procedimento penale, solo quando l'accertamento dei fatti addebitati al dipendente risulti particolarmente complesso e/o quando, terminata l'istruttoria, il detto Ufficio non disponga di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione.

La lettura *a contrario* della norma appena richiamata, costituisce il fondamento della pronuncia in commento.

Corte dei Conti, Sez. Campania, ord. 13.10.2009, n. 377

Danno immagine PA - l. 3.10.2009, n. 141. Questione di legittimità costituzionale sollevata dal Procuratore regionale.

Con l'espresso richiamo dell'art. 7, l. 27.3.2001, n. 97, il legislatore del 2009 ha voluto limitare il danno all'immagine di una amministrazione pubblica alla sola ipotesi di sua connessione a delitti contro la PA previsti dal capo I, titolo II, libro II c.p. (peraltro accertati con giudicato, eliminando dalla sfera dell'illiceità le restanti ipotesi di un siffatto pregiudizio, individuate dalla giurisprudenza, allorchè si prescinde da tale specifico e limitato rilievo penale;

la l. 141/09 crea una ulteriore irragionevole restrizione perché, limitando la tutela risarcitoria del danno d'immagine ai soli casi di effettiva condanna penale irrevocabile per l'eventuale delitto contro la PA, fa degradare tale

¹ Sull'argomento si permetta il rinvio al mio contributo redazionale in questo numero della rivista.

danno da figura autonoma di danno-conseguenza, ad una marginale figura di danno-evento peraltro, come detto, dipendente solo da particolari delitti;

sussiste disparità di trattamento tra soggetti che versano nella medesima situazione giuridica in violazione dell'art. 3 cost. Infatti il combinato disposto di cui al co. 30 ter, periodi 2 e 3, l. 3.8.2009, n. 102 e l'art. 7, l. 97/2001, si rivolge esclusivamente ai dipendenti pubblici con esclusione degli amministratori e in genere di coloro che sono legati all'ente da un rapporto di servizio.2001.

Con riferimento a dette questioni, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 2 co. 1, 3 co. 1, 24 co. 1, 25 co. 1, 81 co. 4, 97 co. 1, 103 co. 2, 113 co. 1, cost., dell'art. 17, co. 30-ter. l. 3.8.09, n. 102 di conversione del d.l. 1.7.09, n. 78, modificata dell'art. 1, co. 1, lett. c, d.l. 3.8.09, n. 103 convertito nella l. 3.10.09, n. 141.

La questione di legittimità costituzionale in commento trae origine dal fatto che una condanna definitiva per reati ex art. 478 c.p. (falso materiale) e art. 479 c.p. (falso ideologico) non dia luogo, secondo la visione del legislatore del 2009, alla lesione del prestigio della PA, diversamente da quanto avviene invece per le fattispecie previste e punite dall'art. 314 c.p. (peculato), art. 325 c.p. (rivelazione di segreti d'ufficio), art. 323 c.p. (abuso d'ufficio), 318 c.p. (corruzione per atti d'ufficio).

In altri termini nel falso documentale non sarebbe ravvisabile alcun pregiudizio all'immagine della amministrazione di appartenenza dell'impiegato pubblico condannato, in quanto tale (grave) figura di reato non rientra tra quelle indicate nel libro II, titolo II, capo I del c.p. ("Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione") ed espressamente richiamati dalla legge citata.

Da qui la sollevata questione di legittimità costituzionale.

Corte dei Conti, Sez Lazio, 6.10.2009, n. 1868
Conferimento incarico di consulenza per elevata professionalità del consulente e per criticità organica dell'ente – illegittimità - responsabilità del dirigente responsabile dell'ufficio progetti metropolitani comune di Roma.

La magistratura contabile ha individuato il danno erariale - pari all'onorario versato al consulente - non nella inutilità della prestazio-

ne richiesta e fornita dal consulente, ma nel fatto che, nell'organico dell'ente, esisteva personale in grado di assolvere all'incarico conferito ad un esperto esterno.

La carenza di personale, addotta dal dirigente a giustificazione del proprio comportamento, non è stata ritenuta motivazione significativamente incidente sulla giustificabilità della consulenza affidata.

Il dirigente poteva fare ricorso alla locale Avvocatura presso cui esistevano avvocati con le necessarie competenze.

Da segnalare come la Corte abbia riconosciuto la responsabilità del dirigente in quanto anche se l'ufficio presso cui era addetto non aveva le necessarie dotazioni per lo svolgimento dell'incarico, queste dovevano e potevano essere ricercate nell'organico dell'ente nel suo complesso cioè, nella locale Avvocatura (attesa peraltro la circostanza che l'oggetto della consulenza era afferente all'analisi di aspetti legislativi e procedurali relativi alla pianificazione di comprensori direzionali di aree dismesse).

Corte dei Conti, Sez Umbria, 5.8.2009, n. 100
Dipendente pubblico - assenza dal servizio senza timbratura del cartellino marcatempo - sistematicità della condotta - danno erariale.

Per l'assenza dal servizio, accertata dai Carabinieri, il dipendente è stato condannato al risarcimento del danno patrimoniale – pari alla retribuzione indebitamente percepita – e al danno d'immagine subito dall'amministrazione di appartenenza del dipendente.

Non è stato riconosciuto il danno da disservizio per non essere stato esattamente provato.

Il danno d'immagine è stato riconosciuto e quantificato pesantemente per la sistematicità della condotta dolosa e perché il fatto si è svolto in un piccolo centro, quindi ben noto alla collettività.

Corte dei Conti, Sez Sardegna, 21.7.2009, n. 1003

Ripascimento spiaggia del Poetto (Sardegna) - disastro ecologico per difformità dei lavori eseguiti rispetto al capitolato speciale d'appalto - risarcimento danno.

La vicenda trae origine dal ripascimento di parte dell'arenile di Poetto per fare fronte a fenomeni di erosione.

L'opera è stata ritenuta inutile e soprattutto causativa di un disastro ecologico e ambientale

di rilevante entità.

La Corte ha condannato per dolo eventuale il responsabile del procedimento, il direttore dei lavori: oltre agli assistenti di questi, agli esperti interpellati, alla Commissione di monitoraggio nonostante non avessero poteri decisionali e non sussistesse alcun rapporto d'impiego con l'amministrazione.

Alla condanna degli organi amministrativi si è aggiunta quella degli organi politici.

In particolare al Presidente di provincia è stata ascritta la responsabilità per il mancato esercizio del potere-dovere di sovrintendenza al funzionamento degli uffici e dei servizi e all'esecuzione degli atti previsto dall'art. 50, co. 2 TUEL, soprattutto in considerazione delle pressanti e giustificate sollecitazioni provenienti dall'opinione pubblica che avevano denunciato, da subito, il mutamento delle caratteristiche paesaggistiche del litorale.

Anche l'Assessore ai lavori pubblici è stato ritenuto responsabile per il ruolo attivo nella vicenda, pur in assenza della formale delega dei poteri di direzione politico-amministrativa, dando copertura politica all'attività dell'apparato burocratico.

Tutti i convenuti sono stati condannati, per l'intero e in solido tra loro, al risarcimento di una somma complessiva di € 4.784.000,00 comprensiva del danno patrimoniale (pari all'esborso da parte della provincia di Cagliari per la esecuzione di tutte le opere) e del danno d'immagine (liquidato, in via equitativa, per una somma pari al 20% del danno patrimoniale).

Va precisato che tutti i protagonisti della vicenda non sono stati condannati anche per danno ambientale, in aggiunta a quello patrimoniale, in quanto non richiesto dalla Procura.

Incidentalmente è stato comunque ribadito - nella sentenza non definitiva n. 1830 del 10.6.2008 cui quella in commento fa seguito - come la Corte dei Conti abbia giurisdizione sul danno all'ambiente.

Corte dei Conti, Sez. Piemonte, 16.6.2009, n. 139.

Dipendente pubblico - assenza dal servizio per malattia - contestuale svolgimento di attività lavorativa remunerata - risarcimento del danno.

Il dipendente che si era assentato dal lavoro per malattia sulla scorta di una certificazione medica per svolgere contemporaneamente al-

tra attività remunerata (tra l'altro nei pressi dello stesso ente ove era dipendente) è stata condannato al risarcimento del danno per le retribuzioni illegittimamente percepite nonché per danno all'immagine subito dall'amministrazione (particolarmente per la percezione della collettività della fattispecie de quo).

Da ricordare come la "legge Brunetta" e il d. lgs. 150/2009 di attuazione² preveda il licenziamento senza preavviso del dipendente in applicazione dell'art. 55 *quinques* e la reclusione da 1 a 5 anni oltre alla multa da 400 a 1.600 euro, estendendo al medico e a chiunque altro abbia concorso nella commissione del reato, la pena prevista per il dipendente oltre alla sanzione disciplinare della radiazione dall'albo e al licenziamento disciplinare per giusta causa o alla decadenza dalla convenzione se il sanitario è convenzionato con il SSN o dipendente di una struttura pubblica. Le medesime sanzioni disciplinari si applicano quando il medico rilascia certificazioni che attestino dati clinici non direttamente contestati né oggettivamente documentati.

Corte dei Conti, Sez. Trentino Alto Adige, 27.5.2009, n. 35

Esecuzione di opera - in difformità dal progetto approvato - responsabilità Sindaco, d.l. e dell'esecutore dell'opera - incidenza sentenza penale di estinzione del reato - risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. - quantificazione - criteri di ripartizione.

Il caso si riferisce alla trasformazione di un sentiero di montagna in strada, in difformità del progetto approvato e dei vincoli ambientali e paesaggistici vigenti.

Il danno riconosciuto a seguito dell'allargamento e dell'allungamento del sentiero, con abbattimento e danneggiamento di piante, costituisce danno ingiusto, come tale risarcibile ex art. 2043 c.c. perché realizzato in violazione del diritto di proprietà comunale.

La condanna inflitta dalla Corte è stata pari alle somme necessarie per la esecuzione delle opere per la remissione in pristino dello stato dei luoghi.

Non è stata riconosciuta alcuna valenza esimente alla intervenuta sentenza di estinzione del reato emessa dal giudice penale all'esito del procedimento vertente sulle medesime cir-

²Sull'argomento si v. il contributo redazionale a cura dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo in questo numero.

costanze, in quanto inidonea a fare stato nel giudizio avanti la magistratura contabile (diversamente da quanto avviene nei casi previsti dall'art. 652 c.p.p.) alla quale è consentito, pertanto, di pervenire a qualsiasi diversa ricostruzione della fattispecie sulla base delle prove acquisite, a prescindere dal giudicato penale.

E' stata così riconosciuta la colpa grave del sindaco, del d.l. e dell'esecutore materiale dell'opera. Nessuna responsabilità per il titolare dell'ufficio tecnico comunale e per gli impiegati addetti alle pratiche edilizie in quanto sprovvisti di deleghe e/o mandati ad hoc conferiti dal Sindaco.

La sentenza si segnala, soprattutto, per come è stato quantificato il danno (non liquidato in via equitativa) e, soprattutto, per le modalità adottate per il riparto della somma complessivamente dovuta a favore dell'amministrazione comunale. Tale somma, infatti, è stata ripartita in parti uguali, tra Direttore dei lavori, esecutore materiale dei lavori e lo stesso Sindaco per la peculiare mancata vigilanza di questi sull'andamento delle opere al fine di impedire il verificarsi dell'evento dannoso.

TAR Calabria, 19.2.2009, n. 154

Revoca dell'assessore da parte del Sindaco-atto amministrativo e non politico- illegittimità provvedimento - genericità motivazione – sussiste.

Il Sindaco aveva revocato un proprio assessore

per "mutate esigenze programmatiche".

Tale motivazione è stata ritenuta dal Giudicante solo apparente, per non essere state specificate le ragioni della incompatibilità dell'assessore revocato con il mutamento delle volontà politiche del Sindaco, ed inidonea a consentire un controllo giurisdizionale finalizzato a verificare la non arbitrarietà dell'esercizio del potere da parte del Sindaco stesso.

Da qui la illegittimità del provvedimento di revoca, con il conseguente annullamento.

In base all'art. 46, d. lgs. 18.8.2000, n. 267 il sindaco nomina i componenti della giunta e può "revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al consiglio".

Trattasi dell'esercizio di un mero potere amministrativo e non politico (gli atti politici sono solo quelli riferiti ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti). Tale potere amministrativo, pur se ampiamente discrezionale, non può debordare in decisione arbitraria dal momento che, l'atto sindacale di revoca dell'assessore, per un verso non è libero nella scelta dei fini essendo rivolto al miglioramento della compagine di ausilio nella amministrazione del comune, dall'altro è sottoposto alla valutazione del consiglio comunale, ai sensi dell'art. 46, d. lgs. 267/2000, che deve verificare la fondatezza delle cause che avrebbero fatto venire meno il rapporto di carattere fiduciario tra Sindaco ed assessore.

«.....GA.....»

PARERI



Questa sezione della Gazzetta Amministrativa è realizzata in collaborazione con il Servizio ANCI Risponde

1. IL VICE SEGRETARIO

DOMANDA

Si chiede di conoscere se, alla luce della normativa vigente e delle ultime riflessioni dottrinali, sia più corretto prevedere il posto in dotazione organica del vice segretario generale, incardinandolo in un preordinato settore, o se lasciare la possibilità al Sindaco di incaricare un qualsiasi dirigente in possesso dei relativi requisiti cui sia affidato un settore qualsiasi.

RISPOSTA

Poiché con riferimento alla specifica figura professionale di vice segretario comunale dell'ente, entrambe le soluzioni ipotizzate sono da ritenere corrette in punto di diritto (fatte salve alcune distinte azioni), una risposta compiuta e soddisfacente alle domande del quesito, reclama che vengano svolte delle premesse chiare e utili volte ad agevolare il compito di chi è chiamato a sceglierne una.

Senza per questo anticipare le conclusioni alle quali si perverrà, potremo dire che entrambe le soluzioni portano seco vantaggi e svantaggi.

Il quadro legislativo di riferimento è piuttosto semplice. L'art. 97 del vigente TUEL nel definire l'architettura portante ed il quadro funzionale della figura del Segretario comunale e provinciale, al co. 5, sancisce la facoltà (non si tratta di un obbligo) per l'ente, di istituire la figura professionale del vice segretario :.. *“può prevedere un vice segretario per coadiuvare il Segretario o sostituirlo nei casi di vacanza, assenza o impedimento”*, mediante idonea previsione regolamentare (regolamen-

to sull'ordinamento degli uffici e dei servizi dell'ente).

Spetta allo stesso regolamento, una volta istituita la figura professionale interessata, di collocarla nell'organigramma del comune, fissando i requisiti necessari per poter accedere al profilo professionale da ricoprire, con particolare riguardo al titolo di studio-requisito.

Convergenti orientamenti si possono registrare nel ritenere che per l'accesso a tale qualifica sia necessario il possesso della laurea in una delle discipline prescritte per l'accesso alla carriera di segretario comunale, ovvero sia, giurisprudenza, scienze politiche ed economia e commercio. Il combinato disposto di cui al citato art. 97, nonché all'art. 52 co. 67 della l. n. 448/2001 ed art. 53 co. 2 d. lgs. n. 165/01, infatti, richiede che il vice segretario oltre ad essere previsto come figura professionale negli atti organizzativi dell'ente, deve essere in possesso dei requisiti previsti per l'accesso alla carriera di Segretario, ossia del diploma di laurea nelle materie indicate all'art. 13 del d.P.R. n. 465/1997 (vedi sopra). Dottrina specifica e giurisprudenza, formatasi spesso in maniera indiretta, concordano pressoché unanimemente, nel ritenere che tale figura debba essere incardinata nella struttura organica del comune. E' da sottolineare a questo specifico riferimento, che eventuali norme statutarie e/o regolamentari prevedenti, fra le funzioni del vice segretario, quelle attribuite espressamente in capo al segretario, sono da considerare illegittime, in quanto dette funzioni possono legittimamente essere svolte dal vice Segretario solo quando questi è incaricato di sostituire il Segretario, assen-

te/impedito.

Al vice segretario, quando non è incaricato di sostituire il segretario, spetta il compito “*di coadiuvare*” il segretario medesimo e svolgere tutte quelle funzioni attribuitegli dal regolamento di organizzazione o assegnategli con provvedimento del Sindaco.

Per completezza di argomento è anche il caso di sottolineare che la sostituzione del segretario affidata al vice segretario, in base al dispositivo dell’art. 15 del d.P.R. 465 (concernente la nomina del segretario) ed alle delibere dell’Agenzia (fissanti le modalità ed i termini per effettuare detta nomina) non potrebbe dispiegarsi oltre i 120 giorni (il condizionale è d’obbligo, atteso che nella prassi tale limite risulta spesso disatteso), termini entro i quali il Sindaco e il Presidente della provincia devono procedere a nominare il nuovo Segretario.

Fermo restando quanto sopra chiarito, la giurisprudenza amministrativa (CdS, IV, 25.11.2003, n. 7779) - in occasione della pronuncia di rigetto della richiesta di iscrizione all’Albo dei segretari comunali, di un vice segretario non di ruolo, ma definibile “*funzionale*” in quanto incaricato delle funzioni dal Sindaco - ebbe occasione di ricostruire il ruolo del vice segretario come profilo professionale, come tale distinto dalla figura, per così dire “*funzionale*”.

La ricostruzione operata dal giudice amministrativo del ruolo di vice segretario come profilo e non come mero incarico, comporta che il ricorso all’incarico risulta precluso solo se nella dotazione organica dovesse essere presente e coperto il relativo profilo professionale. In un ente privo della figura professionale di ruolo, quindi, nulla impedisce che il Sindaco, incarichi delle funzioni vicarie del Segretario, un dipendente in possesso dei requisiti per accedere al concorso di Segretario comunale.

E’ del tutto ovvio che nel momento in cui si optasse per le funzioni per così dire “*mobili*”, è bene che l’ente si doti di apposite regole, perché la scelta non risulti arbitraria nel caso in cui nella struttura burocratica risultino presenti più dipendenti in possesso dei requisiti necessari a svolgere le funzioni in argomento. Quale che sia la scelta effettuata dall’ente, dovrà esser il regolamento a stabilire tutte le

norme di dettaglio che consentano l’attribuzione e l’esercizio delle funzioni vicarie, lasciando al Sindaco il solo provvedimento di affidamento dell’incarico nel rispetto delle modalità termini e condizioni previste dalla stessa fonte regolamentare.

Per quanto attiene al trattamento economico, è bene il caso di ricordare che sia che si tratti di dirigente, che di funzionario, chiamati a ricoprire il ruolo o incaricati delle funzioni, trattandosi sempre di dipendenti locali, ad essi risulteranno applicabili esclusivamente le norme contrattuali del comparto regioni - enti locali (a seconda dei casi, quello per il personale dirigenziale o quello del personale non dirigenziale). Le funzioni di specie perciò andranno ad interessare la parte variabile del trattamento economico (ivi compresa la compartecipazione ai diritti di rogito) nelle forme e condizioni previste dai rispettivi CCNL.

«.....GA.....»

2. I PERMESSI PER LA MALATTIA DEL FIGLIO

DOMANDA

Una dipendente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato e parziale (part-time verticale: 3 giorni a settimana da 5 ore ciascuno) intende fruire dei permessi per malattia del bambino di età inferiore a 3 anni (30 giorni retribuiti annui). E’ corretto riproporzionare i 30 giorni in base al part time, in questo caso 18 giorni (30 giorni spettanti/5 giorni lavorativi settimanali x 3 giorni di servizio previsti dal part time), e conteggiare nei permessi fruiti solo i giorni in cui la dipendente dovrebbe essere in servizio?

Considerato che l’art. 17, co. 7 del CCNL 14.9.2000 prevede che “i periodi di assenza di cui ai precedenti coo. 5 e 6, nel caso di fruizione continuativa, comprendono anche gli eventuali giorni festivi che ricadano all’interno degli stessi. Tale modalità di computo trova applicazione anche nel caso di fruizione frazionata, ove i diversi periodi di assenza non siano intervallati dal ritorno al lavoro del lavoratore o della lavoratrice”, in caso di riproporzionamento come bisogna comportarsi in caso di sabati e domeniche nei seguenti casi:

- *certificato medico di malattia del bambino da lunedì a domenica e rientro in servizio della dipendente il lunedì successivo: il sabato e la domenica devono essere considerati come giorni di congedo?*

- *certificato medico da lunedì a venerdì e altro certificato medico dal lunedì successivo in poi. Dato che non c'è rientro in servizio da parte della dipendente, il sabato e la domenica devono essere conteggiati come giorni di congedo?*

RISPOSTA

E' corretto, per prescrizione contrattuale, riproporzionare i 30 giorni concedibili annualmente per permessi per malattia del bambino di età inferiore a 3 anni, in base al *part-time* verticale del genitore richiedente. Quindi alla dipendente che, avente con l'ente rapporto di lavoro a tempo indeterminato e a tempo parziale verticale articolato su 3 giorni a settimana di 5 ore ciascuno (anziché su 5 gg. settimanali previsti per chi opera a tempo pieno nello stesso ambito), ha dichiarato di voler fruire dei predetti permessi di assistenza in caso di malattia del bambino di età inferiore a 3 anni, spetteranno annualmente solo 18 gg. retribuiti annui. L'art. 17, co. 7 del CCNL 14.9.2000 prevede che *"i periodi di assenza di cui ai precedenti coo. 5 e 6, nel caso di fruizione continuativa, comprendono anche gli eventuali giorni festivi che ricadano all'interno degli stessi"*.

Nel caso di fruizione frazionata, ove i diversi periodi di assenza non siano intervallati dal rientro effettivo in servizio del lavoratore o della lavoratrice, tenendo conto del predetto riproporzionamento, nelle ipotesi fatte nel quesito, rispettivamente di:

- *presentazione di certificato medico di malattia del bambino da lunedì a domenica, con successivo rientro in servizio della lavoratrice madre dal lunedì successivo, il sabato e la domenica certificati e richiesti devono essere considerati come giorni di congedo per assistenza retribuita del figlio;*

- *presentazione di certificato medico da lunedì a venerdì e di altro certificato medico dal lunedì successivo in poi, non essendo previsto rientro effettivo al lavoro della dipendente, il sabato e la domenica devono essere conteggiati come giorni di congedo di assistenza re-*

tribuita del figlio.

«.....GA.....»

3. IL RECUPERO DELLO STRAORDINARIO

DOMANDA

Si chiede di conoscere se, e in quale modo, sia possibile recuperare le ore di straordinario effettuate in orario notturno e / o festivo.

RISPOSTA

Le prestazioni di lavoro straordinario devono essere sempre preventivamente autorizzate, secondo il costante orientamento della giurisprudenza (vedi, per tutti, Consiglio di Stato n. 854 del 2009), non solo per definirne la effettiva giustificazione secondo le reali esigenze di servizio, ma anche per poter preventivamente valutare la sostenibilità degli oneri a carico delle risorse del fondo di cui all'art. 14 del CCNL 1.4.1999.

A fronte di effettive prestazioni straordinarie, infatti, sussiste il diritto del dipendente a ricevere i relativi compensi; in base ad una sua esplicita richiesta è possibile la fruizione di corrispondenti riposi compensativi in luogo del compenso economico.

In tal senso appare piuttosto chiara la disciplina contenuta nell'art. 38, co. 7, del CCNL del 2000.

Anche il lavoro straordinario notturno e festivo può essere oggetto di recupero, sempre su richiesta del lavoratore interessato, senza alcun diritto a compensi aggiuntivi.

Solo in presenza di recuperi di lavoro straordinario notturno o festivo inserito nella banca delle ore, al dipendente compete, oltre alle ore di riposo corrispondenti alle ore di straordinario, anche un compenso aggiuntivo pari alla percentuale di maggiorazione del valore ordinario della prestazione lavorativa; su questo punto richiamiamo l'attenzione sulla disciplina dell'art. 38 *bis*, co. 6, del CCNL del 2000.

Per individuare il periodo per la fruizione del riposo compensativo occorre una preventiva autorizzazione del dirigente competente, che deve valutare la conciliabilità del citato periodo con le prevalenti esigenze organizzative.

«.....GA.....»

4. LE RISORSE DECENTRATE

DOMANDA

Si chiede se le varie indennità (es. comparto – docenza), per il pagamento delle quali si attinge alla parte stabile del fondo di produttività, non corrisposte al dipendente in aspettativa non retribuita dal 1.7.2009 al 31.12.2009, (personale sostituito con altro dipendente da cooperativa) costituiscono economie di bilancio o se refluiscono nel fondo per essere ridistribuite.

RISPOSTA

Le risorse decentrate, sia stabili che variabili, che non vengono in concreto utilizzate per corrispondere compensi al personale (in tutti i casi in cui il relativo onere deve essere posto a carico delle medesime risorse decentrate) costituiscono un risparmio rispetto alla destinazione preventivata in base al contratto decentrato. In altri termini, se il CCDI ha stabilito di destinare una certa somma al finanziamento di una determinata indennità, una erogazione della stessa indennità in misura inferiore a quella preventivata, realizza un caso tipico di economia che consente, comunque, di rendere disponibili le relative risorse per altre utilizzazioni nell'ambito di quelle consentite dal CCNL e dal contratto decentrato. Il fondo delle risorse decentrate, ove legittimamente costituito, non consente di restituire al bilancio eventuali somme non spese; in questo caso infatti resta ferma la destinazione esclusiva a favore di forme di incentivazione

del personale; se necessario si deve disporre una erogazione ad un istituto diverso; mai è consentito un recupero nelle disponibilità di bilancio.

A conferma di queste indicazioni, riteniamo utile citare la disposizione dell'art. 17, co. 5, del CCNL 1.4.1999 che impone il recupero delle risorse risparmiate nell'ambito di quelle destinate alla contrattazione decentrata, anche mediante utilizzazione per le medesime finalità nell'esercizio successivo.

«.....GA.....»

5. GLI ADDETTI ALLA BIBLIOTECA

DOMANDA

Si chiede di conoscere se sia possibile autorizzare lavoro straordinario in deroga alle 180 ore annue previste dall'art. 14 CCNL del 1.4.1999 ai dipendenti del servizio biblioteca comunale, in considerazione delle numerose attività svolte in campo culturale (mostre, fiere, manifestazioni) tenuto conto dell'art. 5, co. 4, lett. e) del d. lgs. n. 66/2003.

RISPOSTA

Non è possibile autorizzare lavoro straordinario in deroga al limite massimo delle 180 ore annue previste dall'art. 14, co. 4 CCNL 1.4.99 ai dipendenti del servizio biblioteca comunale, pur in considerazione delle numerose attività da essi svolte in campo culturale. L'art. 5, co. 4, lett. c) d. lgs. 66/2003 non risulta infatti applicabile alla fattispecie in esame, prevedendo, il precitato CCNL, il limite annuo delle 180 ore, salvo il caso di consultazioni elettorali o eventi eccezionali.

«.....GA.....»

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

dell'Avv. Emanuele Riccardi

FINANZIARIA PER L'ANNO 2010: NOVITÀ SUI TRIBUTI LOCALI

L. 191/2009 art. 1 co. 107 - 4. Le disposizioni statali relative all'attuazione degli obiettivi di perequazione e di solidarietà, nonché al rispetto degli obblighi derivanti dal patto di stabilità interno, non trovano applicazione con riferimento alla regione e alle province e sono in ogni caso sostituite da quanto previsto dal presente articolo. La regione e le province provvedono alle finalità di coordinamento della finanza pubblica contenute in specifiche disposizioni legislative dello Stato, adeguando la propria legislazione ai principi costituenti limiti ai sensi degli articoli 4 e 5»; i) dopo il co. 1 nell'art. 80 sono aggiunti i seguenti: «1-bis. Nelle materie di competenza le province possono istituire nuovi tributi locali. Nel caso di tributi locali istituiti con legge dello Stato, la legge provinciale può consentire agli enti locali di modificare le aliquote e di introdurre esenzioni, detrazioni o deduzioni nei limiti delle aliquote superiori definite dalla normativa statale e può prevedere, anche in deroga alla disciplina statale, modalità di riscossione. 1-ter. Le compartecipazioni al gettito e le addizionali a tributi erariali che le leggi dello Stato attribuiscono agli enti locali spettano, con riguardo agli enti locali del rispettivo territorio, alle province. Ove la legge statale disciplini l'istituzione di addizionali tributarie comunque denominate da parte degli enti locali, alle relative finalità provvedono le province individuando criteri, modalità e limiti di applicazione di tale disciplina nel

rispettivo territorio»; 1) l'art. 82 e' sostituito dal seguente: «Art. 82. - 1. Le attività di accertamento dei tributi nel territorio delle province sono svolte sulla base di indirizzi e obiettivi strategici definiti attraverso intese tra ciascuna provincia e il Ministro dell'economia e delle finanze e conseguenti accordi operativi con le agenzie fiscali»; m) all'art. 83 e' aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La regione e le province adeguano la propria normativa alla legislazione dello Stato in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici» .

FINANZIARIA PER L'ANNO 2010: ISTITUZIONE DELLA BANCA DEL MEZZOGIORNO S.P.A.

L. 191/2009 art. 1 co. 165. E' istituito il Comitato promotore della «Banca del Mezzogiorno Spa», di seguito denominata: «Banca», di cui all'articolo 6-ter del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133. Il Comitato e' composto da un numero massimo di quindici membri nominati dal Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, anche in rappresentanza delle categorie economiche e sociali, di cui almeno cinque espressione di soggetti bancari e finanziari aventi sede legale in una delle regioni del Mezzogiorno (Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sardegna e Sicilia), almeno uno espressione dell'imprenditorialità giovanile e uno della società Poste italiane Spa. Il Comitato promotore e' costituito senza oneri per la fi-

nanza pubblica.

FINANZIARIA PER L'ANNO 2010: RIDUZIONE DEL CONTRIBUTO ORDINARIO

L. 191/2009 art. 1 co. 183. Il contributo ordinario base spettante agli enti locali a valere sul fondo ordinario di cui all'art. 34, co. 1, lett. a), del d. lgs. 30.12.1992, n. 504, è ridotto per ciascuno degli anni 2010, 2011 e 2012, rispettivamente di 1 milione di euro, di 5 milioni di euro e di 7 milioni di euro per le province e di 12 milioni di euro, di 86 milioni di euro e di 118 milioni di euro per i comuni. Il Ministro dell'interno, con proprio decreto, provvede per ciascuno degli anni alla corrispondente riduzione, in proporzione alla popolazione residente, del contributo ordinario spettante ai singoli enti per i quali nel corso dell'anno ha luogo il rinnovo dei rispettivi consigli. Le regioni a statuto speciale provvedono ad adottare le disposizioni idonee a perseguire le finalità di cui ai commi da 184 a 187 in conformità ai rispettivi statuti e alle relative norme di attuazione.

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE: DECRETO DI "PREMIALITÀ" PER L'ANNO 2009 RELATIVAMENTE AGLI ENTI VIRTUOSI

Il co. 23 dell'art. 77 bis prevede che, qualora venga conseguito l'obiettivo programmatico assegnato al settore degli enti locali, a partire dall'anno 2009, alle province ed ai comuni virtuosi è riconosciuto un premio che consiste nell'esclusione dal computo del saldo valido per la verifica del rispetto del patto di stabilità di cui al co. 15 del medesimo art. 77-bis, di un importo commisurato alla propria virtuosità. Sono virtuosi gli enti che hanno rispettato il patto di stabilità interno nel 2008 e che, nel medesimo anno, si posizionano, rispetto agli indicatori di rigidità strutturale ed autonomia finanziaria, al di sopra del loro valore medio valutato per classe demografica. Gli indicatori sono costruiti sulla base delle informazioni acquisite in sede di certificazione del rispetto del patto di stabilità interno per l'anno 2008. Le medesime informazioni sono

utilizzate per l'individuazione dei valori medi per fasce demografiche. La virtuosità è determinata dal confronto del valore dell'indicatore dell'ente con quello medio di comparto, individuato per classi demografiche. Di seguito sono definiti i due indicatori e le voci di bilancio che li compongono.

1.1 Grado di autonomia finanziaria.

L'indicatore di autonomia finanziaria, espressamente previsto dal co. 24 dell'art. 77 bis, esprime la capacità di ciascun ente di acquisire autonomamente le risorse necessarie per finanziare la spesa corrente. Tale indicatore è valido solo per i comuni soggetti al patto, rimanendo escluse le province, ai sensi del co. 25, sino all'attuazione del federalismo fiscale.

L'indicatore si ottiene rapportando la somma delle entrate tributarie (titolo I) e le entrate extratributarie (titolo III) al totale delle entrate correnti (titolo I, II e III). L'indicatore dell'autonomia finanziaria è quindi dato da: entrate tributarie (tit. I) + entrate extratributarie (tit. III) tot. entrate correnti (tit. I + tit. II + tit. III) Le entrate tributarie indicate al numeratore, come riportato dagli enti in sede di certificazione del rispetto del patto di stabilità interno per l'anno 2008, sono considerate per il totale del titolo I del bilancio consuntivo 2008, secondo la classificazione economica di cui al d.P.R. 194/1996, ma al netto della compartecipazione all'IRPEF.

Riepilogando, le voci che concorrono alla definizione del grado di autonomia finanziaria sono le seguenti: - Entrate tributarie (titolo I) al netto della compartecipazione IRPEF; - entrate extra-tributarie (titolo III); - entrate correnti (titolo I + titolo II + titolo III).

1.2 Grado di rigidità strutturale.

L'indicatore di rigidità strutturale si applica, ai sensi del co. 25, art. 77-bis, sia ai comuni che alle province ed indica quanta parte delle entrate correnti viene assorbita dalle spese per il personale, per il rimborso dei ratei dei mutui e per gli interessi. Lo stesso evidenzia, pertanto, l'ammontare delle entrate correnti utilizzato dall'ente per finanziare le spese di natura rigida. Minore, quindi, è il valore dell'indicatore e maggiore è la capacità dell'ente di finanziare spese di carattere "discrezionale".

Il grado di rigidità strutturale è ottenuto rapportando la somma delle spese per il personale e del rimborso prestiti al totale delle entrate correnti. L'indicatore della rigidità strutturale è quindi dato da: spese per personale (tit. I intervento 01) + rimborso prestiti (quota capit. (tit. III) e parte corr. (tit. I intervento 6)) tot. entrate correnti (tit. I + tit. II + tit. III) I valori considerati sono quelli desunti dai consuntivi 2008 e indicati dagli enti in sede di certificazione del rispetto del patto di stabilità interno per l'anno 2008. In particolare, le spese per il personale sono quelle riportate all'intervento 01 del titolo I del bilancio consuntivo, escludendo quindi tutte le spese inerenti ai rapporti per consulenze, collaborazioni, ecc. Le spese di personale sono inoltre considerate al netto dell'IRAP (titolo I, Int. 07). Nelle spese per il rimborso prestiti

è inclusa sia la quota capitale, corrispondente al titolo III del bilancio, che la spesa corrente inerente agli interessi passivi ed oneri finanziari (titolo I, Intervento 06).

Nella quota capitale inerente al rimborso prestiti non è inclusa l'estinzione delle anticipazioni di cassa del tesoriere (titolo III, Intervento 01) nonché le somme relative all'estinzione anticipata dei mutui e dei prestiti. Riepilogando, le voci che concorrono alla definizione del grado di rigidità strutturale sono le seguenti: - spese del personale (titolo I / intervento 01); - rimborso prestiti al netto delle anticipazioni di cassa (titolo III / interventi 02; 03; 04; 05) e al netto dei rimborsi per estinzioni anticipate di mutui e prestiti interessi passivi e oneri finanziari (titolo I / intervento 06); - entrate correnti (titolo I + titolo II + titolo III).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ALBERGHI E ABITAZIONI EQUIPARATI AI FINI DELLA COMMISURAZIONE DELLA TARSU

dell'Avv. Valentina Romani

La Commissione Tributaria Provinciale di Lecce conferma e ribadisce i principi all'uopo già sanciti dal Giudice di legittimità in tema di criteri per l'applicazione dell'aliquota Tarsu su alberghi ed abitazioni

I Giudici tributari di Lecce hanno stabilito con la sentenza n. 893 del 11.11.2009 l'equiparazione ai fini Tarsu di alberghi ed abitazioni. L'art. 68, co. 2, del d. lgs. n. 507/1993, stabilisce che, agli effetti della commisurazione della tassa, gli alberghi sono parificati alle civili abitazioni ed è in base a questo principio giuridico che i comuni devono applicare le aliquote. Ne consegue che, nel calcolo della tassa, va fatta una distinzione tra locali destinati alle camere ai quali va applicata la stessa tariffa delle civili abitazioni e, locali destinati ad altri usi come sale da ballo e ristoranti ai quali va applicata l'aliquota degli omonimi locali.

L'art. 62 del d. lgs. del 15.11.1993 n. 507 stabilisce, infatti, che: *“la tassa è dovuta per l'occupazione o la detenzione di locali ed aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, ad esclusione delle aree scoperte pertinenziali o accessorie di civili abitazioni diverse dalle aree a verde, esistenti nelle zone del territorio comunale in cui il servizio è istituito ed attivato o comunque reso in via continuativa...”*. Per quel che riguarda la commisurazione della tassa, l'art. 65 del d. lgs. n. 507 citato prevede poi che: *“la tassa può essere commisurata o in base alla quantità e qualità medie ordinarie per unità di superficie imponibile dei rifiuti solidi urbani interni ed equiparati producibili nei locali ed aree per il tipo di uso, cui i medesimi sono destinati, e al costo dello smaltimento oppure, per i comuni aventi popolazione inferiore a 35.000 abitanti, in base alla qualità, alla quantità effettivamente pro-*

dotta, dei rifiuti solidi urbani e al costo dello smaltimento”, il co. 2 dello stesso articolo stabilisce che: *“le tariffe per ogni categoria o sottocategoria omogenea sono determinate dal comune, secondo il rapporto di copertura del costo prescelto entro i limiti di legge, moltiplicando il costo di smaltimento per unità di superficie imponibile accertata, previsto per l'anno successivo, per uno o più coefficienti di produttività quantitativa e qualitativa di rifiuti”*.

A ciò si aggiunga che l'art. 68 del medesimo decreto, mentre al co. 1 impone ai comuni l'adozione di un regolamento che deve contenere: *“ a) la classificazione delle categorie ed eventuali sottocategorie di locali ed aree con omogenea potenzialità di rifiuti e tassabili con la medesima misura tariffaria; b) le modalità di applicazione dei parametri di cui all'art. 65; c) la graduazione delle tariffe ridotte per particolari condizioni di uso di cui all'art. 66, coo. 3 e 4; d) la individuazione delle fattispecie agevolative, delle relative condizioni e modalità di richiesta documentata e delle cause di decadenza”*, al co. 2 definisce inoltre l'articolazione delle categorie e delle eventuali sottocategorie, effettuata ai fini della determinazione comparativa delle tariffe, tenendo conto, in via di massima, dei seguenti gruppi di attività o di utilizzazione: *“a) locali ed aree adibiti a musei, archivi, biblioteche, ad attività di istituzioni culturali, politiche e religiose, sale teatrali e cinematografiche, scuole pubbliche e private palestre, autonomi depositi di stoccaggio e depositi di*

macchine e materiale militari; b) complessi commerciali all'ingrosso o con superfici espositive, nonché aree ricreativo-turistiche, quali campeggi, stabilimenti balneari, ed analoghi complessi attrezzati; c) locali ed aree ad uso abitativo per nuclei familiari, collettività e convivenze, esercizi alberghieri; d) locali adibiti ad attività terziarie e direzionali diverse da quelle di cui alle lettere b), e) ed f), circoli sportivi e ricreativi; e) locali ed aree ad uso di produzione artigianale o industriale, o di commercio al dettaglio di beni non deperibili, ferma restando l'intassabilità delle superfici di lavorazione industriale e di quelle produttive di rifiuti non dichiarati assimilabili agli urbani; f) locali ed aree adibite a pubblici esercizi o esercizi di vendita al dettaglio di beni alimentari o deperibili, ferma restando l'intassabilità delle superfici produttive di rifiuti non dichiarati assimilabili agli urbani”.

Come sottolineato, alla lett. c), del sopra riportato co. 2, i locali ed aree ad uso abitativo per nuclei familiari, collettività e convivenze, esercizi alberghieri sono compresi in un'unica categoria.

I comuni, secondo il Giudice tributario,

arbitrariamente e immotivatamente, il più delle volte, disattendono questa previsione normativa applicando agli alberghi tariffe di gran lunga più esose rispetto a quelle previste per le civili abitazioni.

Da quanto sopra discende che l'ente impositore per predisporre la classificazione delle categorie e le tariffe ad esse correlate deve prendere in considerazione il criterio di omogeneità come disposto dall'art. 68, co. 2, del d. lgs. 507/1993, ovvero categorie che comprendano aree e locali che per le loro caratteristiche abbiano analoga capacità a produrre rifiuti.

Giova osservare che dette conclusioni enunciate dalla Commissione Provinciale di Lecce nella sentenza qui commentata trovano, peraltro, puntuale e reiterata conferma ed avallo anche nella statuizioni del Giudice di legittimità (per es. V. Cass., Sez. Trib., n. 18548/03) con la conseguenza che, allo stato, i comuni dovranno distinguere tra locali destinati alle camere, tassati con la medesima tariffa prevista per le abitazioni e, locali destinati ad altri usi come per esempio i ristoranti e le sale da ballo per i quali varrà la relativa tassazione di riferimento.

«..... GA.....»

PATTO DI STABILITÀ INTERNO – SISTEMA DI PREMIALITÀ PER GLI ENTI LOCALI VIRTUOSI

del Dott. Stefano Olivieri Pennesi

Il sistema di premialità per gli enti locali virtuosi soggetti al patto di stabilità interno previsto dai commi 23-26 dell'art. 77 bis del d.l. n. 112/2008 per l'anno 2009. Illustrazione del decreto ministeriale di concerto del ministero dell'economia e delle finanze e del ministero dell'interno

Gli enti soggetti a tale disposto normativo sono le province e tutti i comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti.

L'obiettivo programmatico da raggiungere per gli enti locali è espresso in termini di saldo finanziario.

Necessità del monitoraggio da applicarsi a tutti gli enti soggetti al patto anche a cadenza semestrale. La trasmissione dei dati avviene mediante il sito *web* del Patto.

I riferimenti normativi sono:

- d.l. 25.6.2008, n.112 (art. 77 bis co.23) convertito in legge con modificazioni dall'art. 1 co.1 l. 6.8.2008, n.133 e successive modifiche ed integrazioni;

- l. 22.12.2008, n.203 art. 2 coo. 41 e 48;

- art. 7 *quater* d.l. 10.2.2009, n. 5 coordinato con l. di conversione 9.4.2009, n.33.

L'art. 77 bis co. 23 del d.l. n. 112/2008 introduce un meccanismo di premialità connesso al conseguimento dell'obiettivo programmatico assegnato al comparto degli enti locali, a beneficio degli enti adempienti al Patto, ai quali nell'esercizio finanziario successivo a quello di riferimento è consentito di escludere dal computo del saldo utile, al fine della verifica del rispetto del Patto di Stabilità interno, un importo pari al 70% della differenza, registrata nell'anno di riferimento, tra il saldo conseguito dagli enti inadempienti e l'obiettivo programmatico assegnato.

Il grado di virtuosità degli enti, ai sensi del citato art. 77 bis co. 23, è determinato valutando la posizione di ciascun ente rispetto a due indicatori economico-strutturali finalizzati a misurare il grado di rigidità strutturale dei bilanci e il grado di autonomia finanziaria degli enti.

Al riguardo vengono stabilite delle fasce demografiche:

per le province con popolazione fino a

400.000 abitanti ovvero superiore ai 400.000 abitanti;

per i comuni con popolazione dai 5.000 ai 50.000 abitanti, ovvero con popolazione dai 50.000 ai 100.000 abitanti ovvero ancora con popolazione superiore ai 100.000 abitanti.

I valori medi per fasce demografiche e le modalità di riparto sono definiti con decreto di concerto tra il ministero dell'economia e ministero dell'interno d'intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali.

La premialità pertanto viene riconosciuta esclusivamente nei confronti degli enti che hanno conseguito l'obiettivo per il 2008 previsto dal patto di stabilità e che hanno comunicato le informazioni contabili di bilancio secondo le modalità previste dal d.m. del MEF entro il termine perentorio del 1.6.2009

L'elenco delle province e dei comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti cui spetta il premio di virtuosità ed i relativi importi da escludere dal saldo valido ai fini del patto di stabilità sono pubblicati nel sito www.pattostabilità.rgs.tesoro.it.

I valori medi per fascia demografica dei due indicatori sono:

per l'indicatore dell'autonomia finanziaria
63,4% per i comuni con popolazione tra 5.000 e 50.000 abitanti;

59,6% per i comuni con popolazione tra 50.000 e 100.000 abitanti;

57,1% per i comuni con popolazione superiore ai 100.000 abitanti.

Per l'indicatore della rigidità strutturale
37,8% per le province con popolazione fino ai 400.000 abitanti;

35,2% per le province con popolazione superiore ai 400.000 abitanti;

40,6% per i comuni con popolazione tra i 5.000 e i 50.000 abitanti;

40,4% per i comuni con popolazione tra i

50.000 e 100.000 abitanti;

42,0% per i comuni con popolazione superiore ai 100.000 abitanti.

Andiamo ora ad esaminare come sono stati strutturati nel d.m. rispettivamente per:

la composizione degli indicatori

- grado di autonomia finanziaria
- grado di rigidità strutturale

la modalità di riparto del beneficio

- meccanismo per attribuire il premio agli enti virtuosi
- modalità di sintesi degli indicatori

Il meccanismo della premialità viene implementato sugli enti che hanno rispettato il patto di stabilità interno per l'esercizio 2008 e che altresì si sono rivelati virtuosi rispetto agli indicatori di seguito definiti.

Sono al contempo esclusi dall'applicazione del meccanismo di premialità gli enti che nel 2008 non sono stati soggetti al patto di stabilità interno.

Conferma ciò il comma 26 del su citato art. 77 *bis* del d.l. n. 112/2008 convertito in l. n.133/2008 che, nella previsione dei due indicatori economico-strutturali, identifica come condizione essenziale per l'applicazione del co. 23 l'invio della certificazione sul rispetto del patto.

Composizione degli indicatori.

Il citato co. 23 dell'art. 77 *bis* sancisce che nel caso venga raggiunto l'obiettivo programmatico assegnato al settore degli enti locali dal 2009 viene riconosciuto alle province e ai comuni virtuosi un premio consistente nell'esclusione dal computo del saldo valido per la verifica del rispetto del patto di stabilità di un importo rapportato alla propria virtuosità.

Vengono considerati virtuosi, al riguardo, gli enti che hanno rispettato il patto di stabilità interno nel 2008 e che nel medesimo anno si posizionano rispetto agli indicatori di rigidità strutturale ed autonomia finanziaria al di sopra del loro valore medio valutato per classe demografica.

Tali indicatori sono costruiti sulla base delle notizie acquisite in sede di certificazione del rispetto del patto di stabilità interno anno 2008.

Le stesse informazioni servono per l'individuazione dei valori medi per fasce demo-

grafiche.

La virtuosità si determina dal confronto del valore dell'indicatore dell'ente con quello medio di comparto scelto per classi demografiche.

Grado di autonomia finanziaria.

Il co. 24 dell'art.77 *bis* individua l'indicatore di autonomia finanziaria quale espressione della capacità di ciascun ente di acquisire autonomamente le risorse finanziarie necessarie per la spesa corrente.

Questo indicatore è valido solo per i comuni soggetti al Patto, con esclusione quindi delle province, si sensi del co. 25 finquando non verrà attuato compiutamente il federalismo fiscale.

L'indicatore dell'autonomia finanziaria è quindi dato da entrate tributarie + entrate extratributarie: totale entrate correnti.

Le entrate tributarie risultanti dal bilancio consuntivo 2008 devono essere considerate al netto della compartecipazione all'IRPEF.

Grado di rigidità strutturale.

Ai sensi del co. 25 art. 77 *bis* l'indicatore di rigidità strutturale si applica sia ai comuni che alle province e indica la misura di assorbimento delle entrate correnti per soddisfare le spese di personale e le spese per il rimborso dei mutui e relativi interessi.

Parimenti si evidenzia l'ammontare delle entrate correnti utilizzato dall'ente per finanziare spese di natura rigida. Minore è quindi il valore dell'indicatore e maggiore è la capacità dell'ente di finanziare spese di carattere discrezionale.

L'indicatore della rigidità strutturale è quindi dato da:

spese per il personale + rimborsi prestiti: totale entrate correnti.

Le spese per il personale sono quelle rilevate nel bilancio consuntivo 2008 con esclusione di tutte le spese inerenti rapporti per consulenze, collaborazioni, ecc..

Le spese per il personale devono essere considerate al netto dell'IRAP.

Nelle spese per rimborso dei prestiti viene inclusa sia la quota capitale che gli interessi passivi ed oneri finanziari ad esclusione delle somme relative all'estinzione anticipata dei mutui e dei prestiti.

Modalità di riparto del beneficio.

L'importo riconosciuto come "premierità" che ciascun ente può escludere dal saldo valido per la verifica del rispetto del patto di stabilità è determinato in funzione del differenziale del valore degli indicatori di ciascun ente dal valore medio degli indicatori rilevato per classi demografiche.

Il riparto avviene in base ad una funzione lineare prevedendo il riconoscimento di un premio agli enti virtuosi suddiviso in un'quota fissa uguale per tutti e una quota variabile rapportata al grado di "virtuosità" raggiunto.

Definizione di saldo finanziario.

Il saldo finanziario è definito dalla differenza tra entrate finali e spese finali, viene espresso in termini di "competenza mista" ovvero come somma algebrica degli importi risultanti dalla differenza tra accertamenti ed impegni, per la parte corrente, e dalla differenza fra riscossioni e pagamenti per la parte in conto capitale, al netto delle entrate derivanti da riscossioni di crediti e dalle spese de-

rivanti da cessioni di crediti.

I valori di riferimento sono quelli desunti dai conti consuntivi.

Ai sensi della l. finanziaria 2009 art. 2 co. 41 lett. b) nel saldo non sono considerati gli "accertamenti" per la parte corrente e le riscossioni per la parte in conto capitale delle risorse provenienti dallo Stato a seguito di ordinanze emanate dal Presidente del Consiglio a seguito di dichiarazioni di stato di emergenza.

L'esclusione di altre "entrate straordinarie" quali: la cessione di azioni o quote di società operanti nel settore dei servizi pubblici locali, le riscossioni inerenti alle risorse derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare, tale esclusione potrà avvenire esclusivamente se tali entrate saranno destinate alla realizzazione di investimenti o alla riduzione del debito. A compendio di quanto illustrato nel presente scritto e relativamente ai dati in esso richiamati e trasfusi si rinvia al portale www.gazzettaamministrativa.it per la consultazione dell'allegato al decreto ministeriale di concerto tra il ministero dell'economia e delle finanze e del ministero dell'interno.

«.....GA.....»

RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO DEGLI ENTI LOCALI E PROFILI DI DANNO ERARIALE: IN PARTICOLARE, IL CONTRATTO DI *INTEREST RATE SWAP*

dell'Avv. Salvatore Napolitano

Sommario: 1. Legittimità dell'adozione di contratti di swap interest rate per ristrutturare i debiti dell'ente locale. 2. Elemento oggettivo del possibile danno erariale connesso ad un'operazione di swap interest rate. 3. Sussistenza dell'elemento soggettivo e possibili cautele da adottare. 4. Riflessioni conclusive.

1. Legittimità dell'adozione di contratti di swap interest rate per ristrutturare i debiti dell'ente locale.

La finanza degli enti locali rappresenta una delle maggiori fonti di "deficit pubblico" tale da comportare la sempre maggiore attenzione del legislatore, volto a circoscrivere la capacità di indebitamento degli enti locali in presenza di parametri negativi, nonché della stessa magistratura contabile, al fine di evitare il prodursi o il progressivo aggravarsi del danno erariale derivante da operazioni di contrazione di mutui con effetti negativi sui successivi esercizi finanziari.

La situazione sempre più "comatosa" dei bilanci degli enti pubblici locali ha comportato, tra la fine degli anni novanta e l'inizio del nuovo secolo, il progressivo ricorso a forme di ristrutturazione del debito dei medesimi enti locali, anche attraverso il ricorso a strumenti di c.d. finanza derivata.

In particolare tale pratica è stata resa legittima, come noto, dall'art. 41, co. 2 della l. n. 448/2001; tale fonte normativa, infatti, ha consentito, tra l'altro, ai comuni di ristrutturare il proprio indebitamento ricorrendo a strumenti di finanza derivata, tra i quali è da annoverare – per i fini che qui interessano – anche il contratto c.d. di *interest rate swap*.

Prima, pertanto, di affrontare gli eventuali profili di responsabilità amministrativa che possono derivare dall'adozione di un tale tipo di strumento finanziario, è opportuno tracciarne, ancorché brevemente, i connotati strutturali.

Come noto, lo *swap* è un contratto derivato con il quale le parti si impegnano a versare o a riscuotere, a date prestabilite, importi determinati in base al differenziale di tassi di

interesse diversi.

In termini ancora più semplici, con detta operazione, l'ente locale può sostituire (ad esempio) il tasso fisso degli interessi dovuti all'ente erogatore per il rimborso dei mutui contratti, con un tasso variabile (o viceversa), nel presupposto che l'andamento dei tassi variabili, nell'intero periodo di riferimento del contratto, si mantenga complessivamente inferiore al tasso fisso concordato in precedenza, così da consentire un potenziale risparmio di spesa.

Ne consegue che, i contratti di *swap* possono essere ricondotti alla categoria dei contratti contrassegnati dalla bilateralità dell'alea in quanto gli oneri e i vantaggi sono suddivisi tra i contraenti che ne potranno beneficiare in futuro e ciò in quanto, con cadenza normalmente semestrale, si opera un conguaglio tra la somma degli interessi che sarebbero dovuti (per rimanere nell'esempio fatto) con il tasso fisso e quella risultante sulla base dell'applicazione degli interessi calcolati con il nuovo tasso variabile, sicché se gli ultimi risultano inferiori ai primi, l'ente con cui si è effettuata l'operazione di *swap* è tenuto a versare la differenza al debitore, o viceversa.

Orbene, è appena il caso di evidenziare che la natura aleatoria del suddetto contratto non rende, di per sé, non conveniente né, tanto meno, illegittima, sotto il profilo del nocuo erariale, l'operazione finanziaria in questione dal momento che la stipula del contratto di *swap* da parte degli enti pubblici, costituendo uno strumento espressamente (come già in precedenza evidenziato) previsto dalla norma di fonte primaria e segnatamente dall'art. 41 della l. finanziaria 2002, non potrebbe in alcun caso "ex se" costituire fonte

di responsabilità per gli amministratori che decidano di addivenire alla stipula di tale tipologia di contratto, rientrando ciò nell'ambito delle scelte di merito compiute dagli organi della pubblica amministrazione, le quali, come noto, sono sottratte al sindacato del Giudice contabile.

Inoltre con decreto del ministero del tesoro 1.12.2003 n. 389, è stato regolamentato l'utilizzo degli strumenti derivati da parte degli enti locali - tra cui rientra anche lo *swap* di tasso di interesse (art. 3, co. 2, lett. a) - ed, in particolare, è stato espressamente previsto che lo stesso è consentito esclusivamente in corrispondenza di passività effettivamente dovute nonché *“ove i flussi con esse ricevuti dagli enti interessati siano uguali a quelli pagati nella sottostante passività e non implicino, al momento del loro perfezionamento, un profilo crescente dei valori attuali dei singoli flussi di pagamento, ad eccezione di un eventuale sconto o premio da regolare al momento del perfezionamento delle operazioni non superiore a 1% del nozionale della sottostante passività”* (art. 3 co. 2).

Infine, con circolare del ministero dell'economia e delle finanze n. 128 del 3.6.2004, esplicativa del citato decreto, è stato espressamente previsto che le operazioni in strumenti derivati di cui all'art. 3 del citato decreto n. 389/2003 sono di per sé *“coerenti con il contenimento dell'esposizione dell'ente ai rischi finanziari conseguenti al rialzo dei tassi di interessi e quindi con l'obiettivo del contenimento del costo dell'indebitamento”*.

Pertanto, alla luce del delineato quadro normativo di riferimento, appare evidente la legittimità dell'utilizzo da parte dell'Ente locale del contratto di *interest rate swap* per fare luogo ad una ristrutturazione del proprio indebitamento.

2. Elemento oggettivo del possibile danno erariale connesso ad un'operazione di *swap interest rate*.

Acclarato quindi la legittimità del ricorso a tale strumento finanziario, che non costituisce una ulteriore forma di indebitamento, ma consente solo di procedere ad una ristrutturazione del debito già contratto dall'Ente locale, resta da indagare se le modalità concrete dell'utilizzo dello strumento finanziario in e-

same possano generare responsabilità amministrativa.

Sotto questo profilo vanno brevemente richiamati i presupposti della responsabilità patrimoniale/contabile, costituiti dall'elemento soggettivo, individuato nella condotta dell'agente gravemente colposa o, addirittura, dolosa, collegata o inerente ad un rapporto di servizio, e dall'elemento oggettivo, costituito dal danno pubblico, inteso come alterazione degli equilibri di bilancio o danno all'economia pubblica.

Orbene, proprio tale ultimo profilo presenta interessanti spunti di riflessione; in particolare, vi è da chiedersi quando si possa ritenere verificato il danno erariale, se cioè in presenza di una singola annualità negativa nel pagamento degli interessi ovvero solo in caso di risultato negativo finale, vale a dire alla scadenza del contratto di *swap*.

Orbene la prima ipotesi sembrerebbe da scartare (anche se appaiono di diverso avviso svariate Procure regionali della magistratura contabile) se solo si tiene presente il concreto operare del contratto in esame.

Invero, si è già evidenziato che il contratto di *interest rate swap* si sostanzia in un'operazione in cui avviene tra i contraenti uno scambio di flussi di cassa aventi la natura di *interesse*, determinati in relazione ad un determinato capitale.

L'elemento essenziale del contratto è il c.d. *regolamento per differenziale*, in virtù del quale il trasferimento dei flussi di cassa avviene sulla base dei soli *importi differenziali*, in modo da ridurre l'esposizione di ciascuna controparte al rischio di credito: soltanto il debitore del maggior importo esegue la transazione, non dell'intero importo del proprio debito ma del netto, vale a dire compensando i flussi reciproci fino alla loro concorrenza e pagando, quindi, solo l'eccedenza.

In altre parole, allorquando, un ente locale decide di stipulare un contratto di *swap* con un istituto di credito per ristrutturare il mutuo precedentemente contratto con lo stesso o altro ente finanziatore, l'obiettivo è di legare (ad esempio) un mutuo contratto a tasso fisso ad un parametro di indicizzazione, l'*Euribor*, maggiorato di uno *spread*, che costituirà il costo reale del mutuo. L'istituto di credito è la controparte che garantisce il pagamento del

tasso fisso contro il variabile.

Entrambe le controparti si ritrovano quindi ad avere, al contempo, interessi passivi ed interessi attivi ed effettueranno il pagamento alla controparte solo qualora gli interessi attivi risultino inferiori a quelli passivi (c.d. differenziale).

Quindi, in corrispondenza di ogni data di scadenza semestrale o annuale, se il tasso variabile *Euribor*, aumentato dallo *spread*, risulterà inferiore al tasso fisso, l'ente locale otterrà un vantaggio dato dal *differenziale*; viceversa, sarà la banca ad ottenere dei benefici economici.

Un aspetto importante è rappresentato dal fatto che, all'atto della stipula, le operazioni devono essere finanziariamente neutre, in maniera tale che la somma dei valori attuali della successione dei flussi di cassa delle due controparti sia nulla e nessuna possa essere svantaggiata.

Ciò può accadere qualora le operazioni in *swap*, al momento della stipula, siano correttamente quotate sulla *curva dei tassi swap*, la quale misura il livello di tassi fissi per differenti durate ritenuti equivalenti a titolo a tasso variabile.

Nel corso della durata del contratto, quindi, le operazioni effettuate assumeranno segno positivo o negativo per l'ente, a seconda del movimento della curva dei tassi *swaps* nel tempo.

In una fase di tassi di mercato decrescenti, la posizione finanziaria potrebbe essere migliorata mediante la stipulazione di un contratto *swap* "fisso contro variabile" che permetterebbe di trasformare in tasso variabile, i mutui e i prestiti a tasso fisso.

Il tasso fisso, relativo all'indebitamento dell'ente, verrebbe pagato dalla banca, mentre l'ente pagherebbe un tasso variabile ottenendo, nel caso in cui questo risultasse inferiore a quello fisso pagato dalla controparte, un risparmio in termini di oneri finanziari.

Orbene se è questa la dinamica di sviluppo del contratto in esame, che basa la propria ragione d'essere nel calcolo differenziale che può sussistere tra il livello dei tassi di interesse fino a quello variabile, in base alla menzionata "curva dei tassi swap", non si può ragionevolmente ipotizzare che per tutta la durata del contratto (in genere, medio-lunga)

non vi possano essere uno o più esercizi nei quali il tasso prescelto dall'ente risulti essere superiore al tasso garantito invece dall'istituto di credito, determinando quindi un differenziale negativo a carico del medesimo ente.

Appare del tutto chiaro che considerare, ai fini della sussistenza del danno erariale, il risultato del singolo esercizio e non già il saldo (positivo o negativo) dei differenziali relativi all'intera durata del contratto, è una conclusione aberrante sotto il profilo logico prima ancora che giuridico, che perverrebbe a risultati francamente abnormi (si pensi al caso di un contratto ventennale che abbia generato flussi positivi per l'ente nella totalità degli esercizi tranne che per uno di essi, ebbene, secondo la tesi restrittiva sopra evidenziata, anche in tale caso gli amministratori di quell'ente potrebbero essere chiamati a rispondere sotto il profilo patrimoniale).

Orbene, proprio perché l'operazione di *swap* – come più volte evidenziato – si basa, strutturalmente, sul differenziale che matura nel tempo tra il tasso variabile e quello fisso, essa presuppone necessariamente (ed, in particolare, ove l'arco temporale di riferimento sia medio – lungo) che vi siano degli anni in cui il differenziale possa risultare negativo; tale circostanza è (per così dire) ontologicamente connessa a tale tipo di operazione ma ciò non ha impedito al legislatore di consentire, per gli enti locali, il ricorso a tali strumenti derivati, con ciò escludendo che la valutazione della convenienza dell'operazione possa essere limitata all'esame di singole annualità, astraeendole dal complesso dei risultati conseguibili nel periodo di validità del contratto.

3. Sussistenza dell'elemento soggettivo e possibili cautele da adottare.

L'altro aspetto da valutare è quello soggettivo, attinente l'elemento della colpa grave, essendo evidentemente molto più rara e del tutto patologica la sussistenza di un comportamento qualificabile come doloso.

Ebbene, in merito all'individuazione dell'elemento psicologico, come è noto, secondo l'interpretazione giurisprudenziale ormai prevalente, "non è sufficiente, per la sussistenza della colpa grave, la mera violazione di una norma di legge, essendo necessario che dalle circostanze concrete in cui hanno operato i

dipendenti o gli amministratori sia desumibile un *quid pluris* consistente in un accentuato grado di disinteresse, di insensibilità e di noncuranza degli obblighi di servizio e delle elementari regole di prudenza”.

In altri termini, affinché possa dirsi sussistente il requisito psicologico della colpa grave non è sufficiente che l'agente tenga una condotta in contrasto con la norma di riferimento ma, altresì, che sia configurabile un'imprudenza nella condotta tale che l'evento dannoso, sebbene non voluto, potesse facilmente essere previsto nel suo verificarsi, secondo un giudizio di prognosi postuma formulato *ex ante*.

Alla luce di quanto suesposto appare dunque evidente che, nella fattispecie in esame, onde elidere in radice la sussistenza dell'elemento psicologico è assolutamente necessario che, al momento del perfezionamento del contratto di *swap*, non fosse sussistente una previsione negativa circa l'andamento dei tassi prescelti a parametro dall'ente locale per regolare i rapporti con l'ente finanziatore (peraltro come implicitamente indicato dal d.m. del ministero del tesoro 1.12.2003 n. 389).

A tale elementare e doverosa prudenza gestionale, si possono aggiungere ulteriore cautele, atte a contenere l'alea tipica derivante dalla naturale (e fisiologica) oscillazione dei tassi di interesse, quale la previsione, nel contratto di *swap* delle specifiche clausole di *cap* e di *floor*, al fine di predeterminare un limite massimo e minimo di oscillazione dei tassi di interesse e, di conseguenza, circoscrivere il rischio connesso a tale tipo di operazioni.

Altra cautela potrebbe essere costituita dall'individuazione di un consulente finanziario, da scegliere tra enti di credito che poi non siano essi stessi la controparte dell'operazione di finanza derivata, e che possano esporre all'ente non solo le previsioni in ordine alla “*curva dei tassi*” prevedibile nel breve – medio periodo, ma che illustrino anche i possibili vantaggi dell'operazione.

L'adozione delle menzionate cautele porterebbero, in sostanza, ad escludere la sussistenza di quei parametri di commisurazione della gravità della colpa individuati dalla giurisprudenza nella “*negligenza inescusabile*” (Cfr. Corte dei Conti Sez. Riunite 16.3.2000 n. 83/A) ovvero nella “*marchiana imperizia,*

superficialità e noncuranza” (Cfr. Corte dei Conti, Sez. Riunite 21.5.1998 n. 23/A) o ancora nella “*consapevole negligenza con la pronosticabilità delle conseguenze del comportamento tenuto*” (Cfr. Corte dei Conti Abruzzo, 29.7.2003, n. 395; in senso conforme Corte dei Conti Calabria, 1.7.2005 n. 763).

4. Riflessioni conclusive.

Indubbiamente il ricorso a strumenti di finanza derivata, quale il contratto di *swap*, pur non costituendo *ex se* una ulteriore forma di indebitamento per l'Ente locale, ma rappresentando una mera forma di ristrutturazione del debito già esistente, tuttavia presenta dei profili di rischiosità economico-gestionale, tipici del carattere aleatorio del contratto in esame e tali da consigliare la massima prudenza nella contrazione nonché nella gestione del relativo rapporto.

Soprattutto in una situazione economica qual è quella attuale, caratterizzata da una persistente crisi economica con conseguente estrema volatilità dei tassi di interesse, un eventuale rapporto di *swap*, già instaurato da un ente locale, va costantemente monitorato, al fine di valutare, non solo nel lungo periodo, ma anche nella contingenza, l'effettivo vantaggio ipotizzato nella stipulazione del relativo contratto.

In particolare, gli amministratori e dirigenti responsabili degli enti locali, dovranno prestare massima attenzione all'eventuale modifica della curva dei tassi di interesse, laddove la stessa presenti, per il singolo contratto di *swap*, dei progressivi differenziali negativi per l'ente locale e, quindi, valutare opportunamente, in presenza di previsioni ulteriormente negative, un'eventualità di procedere al recesso dal relativo rapporto.

In tale eventuale valutazione, i soggetti suindicati dovranno altresì considerare se, nonostante l'andamento negativo di uno o più esercizi, comunque il saldo tra interessi passivi ed attivi del complesso degli esercizi fino a quel momento ottenuto, sia comunque positivo. In tale caso, infatti, un recesso anticipato dal rapporto, in presenza (giova ripeterlo) di previsioni negative anche per il futuro andamento dei tassi nel breve-medio periodo, sarebbe altresì giustificato dal fatto che, a fronte dell'avvio di una possibile azione di respon-

sabilità, si possa comunque eccepire l'*utilitas* ricevuta dall'ente nella annualità in cui i tassi attivi siano risultati di importo maggiore dei tassi passivi. Infatti, laddove lo stesso fatto generatore del preteso danno erariale (nella specie, il contratto di *swap*) abbia altresì arrecato un vantaggio per l'ente in riferimento ad alcune annualità del rapporto, si potrà comunque eccepire la c.d. *compensatio lucri cum damno*; anzi, laddove il risultato del complesso degli esercizi sia stato comunque positivo per l'ente, la relativa compensazione risulterebbe di segno definitivamente positivo, tale quindi da escludere il fondamento stesso dell'azione di responsabilità (cfr. Corte di Conti, Sez. II, 1.4.1999 N. 62/A).

Da ultimo occorre segnalare che, proprio al fine di assicurare agli enti la migliore comprensione circa l'effettiva convenienza dei contratti relativi agli strumenti finanziari de-

rivati, il ministero dell'economia e delle finanze ha elaborato uno schema di regolamento ministeriale di attuazione dell'art. 62 del d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito dalla l. 6.8.2008 n. 133, contenente – tra l'altro – l'elaborazione dell'approccio metodologico idoneo a rappresentare gli scenari di probabilità del valore "a scadenza" del portafoglio strutturato, vale a dire successivo alla conclusione dell'operazione in derivati, rispetto al valore "a scadenza" del portafoglio iniziale dell'ente locale. Una volta approvata, tale fonte normativa costituirà senz'altro un utile, e, forse, fondamentale ausilio per i responsabili degli enti locali per valutare tutti i complessi aspetti di un'operazione in strumenti finanziari derivati e, per converso, per evitare – ove si proceda nel rispetto della metodologia tracciata dal ministero – possibili profili di responsabilità patrimoniale.

«.....GA.....»

L'AUTONOMIA IMPOSITIVA DELLE REGIONI TRA TRIBUTI PROPRI E TRIBUTI COMPARTICIPATI

del Dott. Francesco Sampugnaro

La C. cost. nella sentenza 20.11.2009, n. 298, torna ad affrontare la più volte dibattuta questione relativa alla compartecipazione regionale ai tributi erariali alla luce della disciplina delineata dall'art. 119 cost..

La normativa sottoposta al vaglio di costituzionalità della Corte, è da individuarsi nell'art. 1 d.l. 27.5.2008, n. 93, sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 1, co. 1 della l. di conversione 24.7.2008, n. 126.

La norma in oggetto ha determinato l'abolizione dell'imposta comunale sugli immobili (ICI), a decorrere dall'anno 2008, sulle unità immobiliari adibite ad abitazione principale del soggetto passivo. Contestualmente ha previsto una sospensione del potere delle regioni di deliberare aumenti di tributi ad essi attribuiti con legge dello Stato, il rimborso ai singoli comuni della minore imposta, determinata da siffatta esclusione, l'abrogazione di tutte quelle disposizioni che prevedevano, a vario titolo, aliquote ridotte per l'ICI gravante sulle abitazioni principali.

Secondo la ricorrente, la norma sopra richiamata andrebbe a ledere l'autonomia finanziaria delle regioni e degli enti Locali di cui all'art. 119 cost., andando di fatto a ridurre le risorse finanziarie di cui gli stessi possono disporre.

Le censure rivolte avverso la suddetta normativa, vanno ad intaccare problematiche già affrontate, ma forse non ancora del tutto assorbite dall'ordinamento, in ordine alla compartecipazione delle regioni ai tributi propri dello Stato.

Nel sistema delineato dall'art. 119 cost. i comuni, le province, le città metropolitane e le regioni *“hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa”, “hanno risorse autonome”, “stabiliscono ed applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.*

Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio”. Le risorse derivanti dalle suddette fonti devono consentire ai sopra menzionati enti di “finanziare integralmente le risorse pubbliche ad essi attribuite”. Lo Stato “istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per territori con minore capacità fiscale per abitante”.

Tributi propri, tributi compartecipati e quote del fondo perequativo, costituiscono pertanto le fondamenta su cui poggia l'autonomia finanziaria delle regioni. Deve preliminarmente farsi chiarezza in ordine alla circostanza per cui sono da considerarsi tributi regionali, quelli individuati dalla regione con propria legge e non quelli il cui gettito è attribuito alle regioni, ma che risultino istituiti con legge statale. Di conseguenza le regioni non possono assumere violata la loro autonomia finanziaria a fronte di disposizioni legislative statali che prevedano agevolazioni o detrazioni di imposta, in relazione a tributi istituiti e disciplinati da leggi statali¹.

Nel delineare compiutamente il sistema finanziario delle regioni e delle autonomie territoriali, la C. cost., nell'ambito della giurisprudenza sviluppatasi sul punto, rileva come, in ragione del combinato disposto di cui agli artt. 119 e 23 cost., non possa ritenersi ammissibile in materia tributaria una potestà regionale autonoma, essendo operante una riserva di legge assoluta con riguardo all'imposizione di prestazioni patrimoniali. Ciò da un lato comporta per le regioni l'impossibilità di esercitare una potestà legislativa autonoma in materia tributaria in assenza di una legislazione nazionale di coordinamento, dall'altro determina la preclusione ad esercitare siffatta potestà anche con riferimento a tributi esistenti, istituiti e disciplinati

¹ Cfr *ex plurimis*: C. cost. 23.05.2008, n. 168; C. cost. 21.12.2007, n. 451; C. cost. 14.12.2004, n. 381.

con leggi statali². Sul fronte opposto viene riconosciuto al legislatore nazionale la potestà di introdurre norme modificative, anche nel dettaglio, di tributi locali già esistenti, con il limite di preservare quegli spazi di autonomia già riconosciuti alle regioni e agli enti territoriali da precedenti leggi statali.

All'interno di tale contesto generale trova collocazione la motivazione addotta dalla Corte Costituzionale a fondamento della pronuncia di rigetto della censura formulata dalla regione Calabria, nei confronti dell'art. 1 d.l. 27.5.2008, n. 93, con riferimento all'art. 119 cost.. La Corte rileva infatti come l'imposta comunale sugli immobili, risultando istituita con legge dello Stato, appartiene alla competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost., di conseguenza tale competenza può essere legittimamente esercitata dal legislatore nazionale, anche per il tramite di norme di dettaglio, senza che ciò comporti violazione dell'autonomia tributaria delle regioni destinatarie del gettito.

In ordine alle ulteriori censure, sempre formulate con riferimento alla pretesa lesione dell'autonomia finanziaria delle regioni, a seguito della riduzione delle risorse alle stesse assegnate, pare opportuno soffermarsi sui passaggi seguiti dalla Corte nel dichiarare non fondata la questione sottoposta.

La Corte pone a fondamento delle proprie argomentazioni, talune sue precedenti pronunce, dalle quali si evince che la modificazione di un tributo, di esclusiva competenza statale, anche se comportante una modifica del gettito spettante alle regioni, non comporta la previsione *“di misure pienamente compensative per la finanza regionale”* in quanto la manovra fiscale, dovendo essere valutata nel complesso delle molteplici disposizioni che la compongono, non necessariamente porterà ad una riduzione del gettito destinato alle regioni. Il legislatore nazionale può infatti, mediante manovre di finanza pubblica determinare una riduzione del gettito spettante alle regioni, a condizione che ciò non determini uno *“squilibrio finanziario”*³, tale da compromettere le esigenze di spesa regionali

rendendo di fatto insufficienti i mezzi a disposizione della regione per svolgere le proprie funzioni.

L'insufficienza di strumenti finanziari, nel caso in cui si assuma che sia conseguenza di una manovra di finanza pubblica, deve essere provata dalla regione, perché si possa addivvenire ad una pronuncia di incostituzionalità del provvedimento di finanza statale⁴.

Il punto di partenza da cui muove la C. cost. appare, ad avviso di chi scrive, pienamente condivisibile. La corretta individuazione degli effetti che la norma produce in termini di minor gettito attribuito alle regioni non può infatti risolversi, nella mera constatazione di un impoverimento delle finanze regionali, sulla scorta della mancata previsione di misure pienamente compensative, ma va valutato nell'ambito di una più generale operazione di riassetto del sistema tributario all'esito della quale non necessariamente scaturirà una riduzione della finanza regionale.

Parimenti condivisibile risulta l'assunto secondo cui il legislatore nazionale può prevedere una riduzione del gettito spettante alle regioni a condizioni che questo non determini una insufficienza di mezzi finanziari tali da compromettere lo svolgimento delle normali attività regionali.

La circostanza che desta qualche perplessità è che l'insufficienza di risorse debba essere dimostrata dalla regione. Sul punto non può non rilevarsi come l'art. 81 cost., imponga al legislatore un obbligo di copertura per ogni legge che importi nuove o maggiori spese. Questo principio costituzionale, secondo quanto affermato in precedenza dalla Corte Costituzionale *“non può essere eluso dal legislatore, addossando ad enti rientranti nella così detta finanza pubblica allargata, nuove e maggiori spese, senza indicare i mezzi con cui farvi fronte. Il collegamento finanziario tra simili enti e lo Stato è infatti tale da dar luogo ad un unico complesso, come lo stesso legislatore ha riconosciuto con l'art. 27 della l. n. 468 del 1978, secondo cui le leggi che comportino oneri, anche sotto forma di minori entrate, a carico di bilanci degli enti di cui*

² C. cost. 24.2.2006, n. 75; C. cost. 26.1.2004, n. 37.

³ C. cost. 14.12.2004, n. 381; C. cost. 28.12.2001 n. 437; C. Cost. 18.11.2000 n. 507.

⁴ C. cost. 16.5.2008, n. 145; C. cost. 29.12.2004, n. 431; C. cost. 14.12.2004, n. 381.

al precedente art. 25, devono contenere la previsione dell'onere stesso nonché l'indicazione della copertura finanziaria riferita ai relativi bilanci, annuali e pluriennali"⁵.

Sebbene in presenza di un quadro normativo, caratterizzato da un obbligo costituzionale di copertura previsto a carico del legislatore e peraltro fatto proprio e attuato dallo stesso con la l. 5.8.1978, n. 168, la C. cost. nella sentenza in esame, conferma il proprio orientamento sul punto, dichiarando che per poter giungere ad una pronuncia di incostituzionalità del provvedimento di finanza statale, la prova dell'insufficienza dei mezzi finanziari che residuano alla regione, in ragione di detto provvedimento, deve essere resa dalla regione medesima.

Tale premessa viene espressamente ribadita dalla C. cost. anche se in realtà la norma oggetto di impugnazione prevedeva il rimborso ai singoli comuni della minore imposta scaturente dalla esenzione I.C.I.

Ed infatti la Corte respinge l'eccezione formulata dalla regione Calabria asserendo che *"l'insufficienza di mezzi finanziari non è stata dedotta né dimostrata ... tanto più che il denunciato art. 1 del d.l. n. 93 del 2008 prevede il rimborso ai comuni (secondo i criteri e modalità stabiliti in sede di conferenza Stato - città ed autonomie locali) della minore imposta - quantificata dalla legge in € 1.700 milioni - conseguente all'esclusione dell'ICI sull'unità immobiliare adibita ad abitazione principale del soggetto passivo"*

Pare assistersi, nella fattispecie in esame, ad un capovolgimento di prospettive: dalla previsione di un obbligo di copertura gravante sul legislatore, alla previsione di un onere probatorio in capo alla regione destinataria della norma.

La ricorrente censura infine la disposizione

⁵ C. cost. 8.6.1981, n. 92

impugnata, sempre con riferimento all'art. 119 cost., in quanto la medesima andrebbe a penalizzare le regioni nel giudizio delle agenzie di rating e di conseguenza inciderebbe negativamente sul costo dell'indebitamento futuro.

La C. cost., nel dichiarare la questione sottopostale, non fondata, in quanto non rilevante ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, ha precisato che la doglianza sollevata dalla ricorrente non discende direttamente dalla disposizione normativa impugnata, ben potendosi realizzare a fronte di una pluralità di circostanze autonome, potenzialmente idonee ad incidere sulle finanze regionali⁶.

Potrebbe al limite profilarsi una potenziale situazione di disparità di mero fatto in relazione alla quale, giova ricordarlo, la C. cost. ha sempre negato qualsivoglia rilevanza, con riferimento ad una pretesa violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost.

Sul punto infatti la Corte aveva avuto già modo di pronunciarsi chiarendo che *"le disparità di mero fatto, ossia quelle differenze di trattamento che derivano da circostanze contingenti ed accidentali, riferibili non alla norma considerata nel suo contenuto precettivo ma semplicemente alla sua concreta applicazione, non danno luogo ad un problema di costituzionalità"*⁷.

Anche in questo caso la Corte riafferma dunque un principio consolidato della propria giurisprudenza, secondo cui non può assumersi apoditticamente la lesività di un provvedimento normativo che nei fatti non produce alcuna conseguenza diretta ed immediata nei confronti dei destinatari e che pertanto risulta essere non rilevante ai fini del giudizio di legittimità costituzionale.

⁶ C. cost. 4.4.2008, n. 86; C. cost. 13.7.2007, n. 282; C. cost. 7.11.2006, n. 354; C. cost. 30.4.2008, n. 125.

⁷ C. cost. 27.12.1996 n. 417

RENDICONTAZIONE FINANZIARIA DI PROGETTI CO-FINANZIATI DALLA COMMISSIONE EUROPEA NEI PROGRAMMI A GESTIONE DIRETTA

del Dott. Alberto Sciuto

Rendicontazione finanziaria di progetti co-finanziati dalla Commissione europea nei programmi a gestione diretta

I programmi di cooperazione a gestione diretta (ovvero gestiti direttamente dalla Commissione europea o tramite agenzie che la rappresentano), offrono sempre maggiori opportunità agli enti locali di finanziare le proprie azioni di supporto al territorio utilizzando fondi che erogati dall'Unione Europea. Dall'altro lato la partecipazione a tali programmi crea sempre più spesso problematiche legate alla rendicontazione finanziaria.

I programmi a gestione diretta includono, tra gli altri, il Settimo Programma Quadro di Ricerca e Sviluppo, il C.I.P, l'ENPI, il LIFE, Leonardo, tutti programmi che incoraggiano la partecipazione diretta di enti locali.

Per i programmi a gestione diretta come quelli precedentemente elencati si parla di co-finanziamento dei costi, cioè della partecipazione della Commissione europea ai costi necessari portare avanti le attività previste in determinato progetto e per raggiungere determinati scopi di pubblica utilità. Questo concetto comporta tre implicazioni che spesso generano confusione e dubbi tra i soggetti direttamente coinvolti in progetti finanziati dai suddetti programmi.

La prima è che il finanziamento non copre sempre il 100% dei costi del progetto, ma spesso solo una porzione di tali costi, che può variare dal 50% (o anche meno) fino all'85% dei costi totali. La motivazione è legata al fatto che i benefici di tali progetti sono circoscritti al territorio dell'ente che partecipa al progetto e quindi non sarebbe ritenuta giusta una sovvenzione totale dei costi. Questo però comporta spesso la domanda tra gli addetti ai lavori su chi debba fornire i fondi rimanenti e su come tali fondi debbano essere elargiti.

La seconda implicazione è legata alla modalità di rendicontazione, e quindi alla defini-

zione dei costi che si possono dichiarare. Infatti al fine di accedere ai fondi si dovrà provare che le spese sostenute seguono quelle che sono le linee guida fornite per la partecipazione al Programma. Tutto questo comporta complicazione legate alle definizioni delle varie categorie di costo, alla identificazione dei costi eleggibili, e alla gestione delle spese durante la vita del progetto. A questo si aggiunge la compilazione dei formulari che troppo spesso risultano inutilmente complicati.

La terza implicazione riguarda il fatto che essendo programmi europei e quindi rivolti ad amministrazioni di tutti gli stati membri (e talvolta anche non appartenenti alla UE), e che richiedono la partecipazione contemporanea di soggetti di diversi paesi ad uno stesso progetto, prevedono parametri per la definizione di alcune categorie di costo che non rispondono perfettamente alle normative nazionali vigenti, creando quindi dubbi sulla loro legittimità ed applicabilità, in particolar modo nel caso di soggetti pubblici.

Tutto questo ha fatto sì che recentemente si sia venuta a creare la necessità di una nuova professionalità. Sempre più spesso consulenti esperti in tematiche finanziarie dei progetti europei affiancano gli enti pubblici, al fine di destreggiarsi tra i vari regolamenti che li contraddistinguono e quindi di rendere più efficace la gestione di tali progetti.

Come regola generale comunque, è sempre necessario:

- conoscere i principali punti critici da considerare, ogni qual volta si pianifichi una partecipazione a progetti di finanziati dall'Unione Europea;
- identificare i punti critici che necessitano attenzione e preparazione, e chiarire le re-

sponsabilità;

- avere una spiegazione delle necessarie procedure.

E' fondamentale quindi conoscere i contratti che stipulati con la UE e il loro potenziale valore. Innanzi tutto va sottolineato che il finanziamento che si riceve può essere, in realtà, minore rispetto al valore potenziale, perché se il piano finanziario delle attività di progetto non viene rispettato riceveremo meno fondi dei previsti.

Il piano finanziario, meglio noto come budget nel gergo dell'europrogettazione, si riferisce innanzitutto a determinate categorie di costi, che sono identificati come costi ammissibili. Solitamente tali costi comprendono:

Personale: sono i costi relativi alle risorse umane impiegate dall'Ente, che lavoreranno direttamente nel progetto. Questi costi rappresentano solitamente la voce prevalente ed è quella che talvolta può creare i problemi maggiori. Va sottolineato al riguardo che i fondi non spesi per il personale sono di gran lunga la maggior fonte di risparmio per l'UE. Infatti mentre nel caso il personale coinvolto nel progetto risulta già assunto dall'ente, non ci sono complicazioni, queste emergono solitamente nel caso in cui esista la necessità di impiegare un soggetto esterno. Questo fatto nel caso degli enti locali può creare lunghe procedure per l'assunzione. Quindi, anche se non avrebbe senso impiegare un membro esterno prima della firma del contratto, tuttavia potrebbe essere utile identificare un possibile candidato per evitare di perdere tempo dopo, lasciando temporaneamente scoperta quella posizione.

I costi di personale che sono rimborsabili corrispondono ai costi aziendali, comprensivi di tasse, contributi sociali e altri oneri a carico dell'Ente, ovviamente solo per la porzione di tempo che è stata effettivamente dedicata al progetto. A tal proposito è richiesto un registro di lavoro interno a seguito di un obbligo imposto dall'UE, il personale che lavora ai progetti deve mantenere un registro delle ore e firmarlo periodicamente. Il mancato mantenimento di tali registri, potrebbe creare problemi alla rendicontazione del progetto e quindi impattare negativamente sul finanzia-

mento ricevuto. Ogni rendiconto del progetto dovrà comprendere tali registri di lavoro debitamente compilati, firmati dal personale rendicontato e controfirmati dal responsabile di progetto. La somma delle ore risultante registri deve corrispondere alle ore rendicontate.

Viaggi: sono le spese relative alle missioni sostenute nell'ambito del progetto. Queste missioni devono tassativamente essere descritte in fase di proposta progettuale e nei rapporti ufficiali ed essere essenziale allo svolgimento delle attività previste nel progetto. I costi eleggibili sono in questo caso il biglietto aereo o del treno, o nel caso dello spostamento con mezzi propri, un rimborso chilometrico, i costi di pernottamento, vitto e trasporto locale. Anche se come regola generale le spese di viaggio devono essere sostenute seguendo rigidi criteri di economicità, che portano sempre ad escludere la *business class* nei trasporti aerei o gli hotel a cinque stelle, si deve sempre fare riferimento ai singoli contratti per identificare le specifiche spese ammesse. (come ad esempio, classi di viaggio ammesse, massimali giornalieri, etc.). In taluni casi anche il rimborso dei taxi può risultare problematico. A secondo dei programmi e delle procedure interne usate da singoli enti pubblici, è possibile rendicontare i costi riportando tutte le fatture, scontrini, biglietti, oppure utilizzando un massimale giornaliero (il *per diem*) per la durata complessiva della missione.

Attrezzatura: Tali spese, di solito poco comuni nel caso di enti locali, sono relative ad equipaggiamenti necessari per lo svolgimento delle attività progettuali.

L'attrezzatura è sempre soggetta ad ammortamento. Solitamente si lascia alle normative nazionali, le modalità per calcolare le quote rendicontabili. In ogni caso tale categoria di costo comporta sempre una quota di cofinanziamento dei fondi UE sempre più bassa, considerando il periodo di ammortamento (di norma più lungo della durata del progetto) e la data di acquisto del bene che se non tempestiva, comporta la perdita di ulteriori quote di ammortamento.

Subcontraenze: sono possibili nel caso in cui è necessario affidare lo svolgimento di specifiche attività a società esterne. Anche questa fase deve essere valutata attentamente, in quanto potrebbe costituire una possibile causa di ritardo. Infatti, la subcontraenza è soggetta sia alle procedure per appalti pubblici richieste a livello comunitario, che variano in base all'importo dell'appalto, sia a quelle eventualmente in vigore a livello nazionale o regionale, o nell'ambito dello stesso ente.

Altri costi diretti: di solito sono considerati eleggibili altri costi che sono relativi alle attività di progetto, come ad esempio costi per organizzare eventi (catering, affitto di sale, materiali informativi), creare web site, etc.

Costi indiretti: tutti i programmi a gestione diretta includono tra i costi eleggibili i costi indiretti. Tali costi comprendono tutti i costi che non sono direttamente imputabili al progetto come i costi di segreteria e di amministrazione, i costi di gestione dell'ufficio, elettricità, telefono, materiale di cancelleria, etc. E' questo il caso in cui esistono le maggiori differenze tra un programma e l'altro, e quindi è la categoria di costo che di solito genera maggiore confusione tra gli addetti ai lavori. Al fine di semplificare, si può dire in questa sede che nella maggior parte dei casi i costi indiretti sono calcolati come una data percentuale dei costi diretti, che può variare dal 7% al 60% e che tali costi non vanno dimostrati in sede di rendicontazione con alcuna documentazione. In alcuni casi (ad esempio Settimo Programma Quadro) è facoltativo il calcolo dei costi diretti effettivi, ma solo nel caso si utilizzi una contabilità adeguata.

L'IVA: Come regola generale dei programmi a gestione diretta, l'IVA non è consi-

derata un costo eleggibile e va quindi sempre detratta dai costi rendicontati. Questo ha di solito un impatto negativo sugli enti pubblici, e su tutte le organizzazioni senza fini di lucro. Infatti, l'IVA non è detraibile per queste organizzazioni e rappresenta quindi un costo vivo.

Ambito temporale: i costi sopra descritti per essere considerati eleggibili devono essere sostenuti (sia contabilmente che finanziariamente) tassativamente entro la data ufficiale di inizio e di fine del progetto. Anche questa caratteristica di solito si ripercuote negativamente sugli enti locali. Infatti spesso si verificano perdite dei finanziamenti legati alle tempistiche e agli iter burocratici richiesti l'utilizzo dei fondi. Va inoltre menzionato che di norma è possibile richiedere, durante lo svolgimento del progetto, un trasferimento da una categoria di costo ad un'altra, se giudicato adeguatamente.

Alla luce di tutti gli aspetti analizzati, risulta evidente come è fondamentale coinvolgere sia i responsabili amministrativi sia i responsabili tecnici nello sviluppo del piano finanziario, nella fase di stesura della proposta, e di programmare date e scadenze per tutti i costi dei progetti, scadenze da monitorare attentamente al fine verificare il corretto utilizzo delle risorse pianificate ed eventuali incongruenze a cui porre rimedio. Inoltre, poiché accade di frequente che nel corso del progetto i fondi non vengano spesi in tempo, è importante essere trasparenti gli i soggetti competenti perché possano tempestivamente intervenire in caso di necessità. Infatti, potrebbe essere necessario procedere a qualche recupero di spesa effettuata con fondi correnti per assicurarsi che l'ente e di conseguenza il progetto non rinunci alle entrate, previste dal progetto.

«.....GA.....»

LA SORTE DEI CONTRIBUTI DI DEPURAZIONE ALLA LUCE DELL'ART. 1 DELLA L. 27.2.2009, N. 13: SALVAGENTE GIUDIZIARIO O VIRTUOSISMO TRIBUTARIO?

del Dott. Alfonso Maresca

La sentenza della Corte costituzionale n. 335 del 10.10.2008 (pubb. sulla G.U. del 15.10.2008)¹ riporta all'attenzione degli operatori la discussa fattispecie degli oneri per il servizio di depurazione delle acque reflue imposti anche in assenza o non funzionalità del relativo servizio da comuni, solerti concessionari del servizio idrico o dall'Ambito Territoriale ottimale del Ciclo Idrico Integrato (ATO).

L'Alta Corte decidendo sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice di pace di Gragnano (NA) con tre ordinanze del 3, 31 maggio e 16 settembre 2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co.1, l. 5.1.1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche), sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 28 della l. 31.7.2002, n. 179 (Disposizioni in materia ambientale), nella parte in cui prevede che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione è dovuta dagli utenti «anche nel caso in cui la fognatura sia sprovvista di impianti centralizzati di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi».

Per la Consulta risulta altresì illegittimo l'art. 155, co. 1, primo periodo, del d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), nella parte in cui prevede che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione è dovuta dagli utenti «anche nel caso in cui manchino impianti di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi»².

La decisione affronta e risolve, ritenendo in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, il problema causato dalle predette disposizioni in alcune aree del Paese ove, nonostante l'ultra-

decennale apporto economico dei cittadini, gli enti preposti hanno omesso la costruzione e messa in opera degli impianti di depurazione delle acque reflue.

La Suprema Corte, dopo un'attenta disamina, anche giurisprudenziale della materia del servizio idrico integrato³, perviene alla conclusione che esso configura quale corrispettivo di una prestazione commerciale complessa, il quale trova fonte nel contratto di utenza. Ne consegue che «la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione, in quanto componente della complessa tariffa del servizio idrico integrato, ne ripete necessariamente la natura di corrispettivo contrattuale». La norma censurata invece, prescindendo dalla natura di corrispettivo contrattuale della quota, si pone ingiustificatamente in contrasto con la *ratio* della legge in materia di servizio idrico integrato, e di conseguenza non può che essere dichiarata illegittima⁴.

La declaratoria di illegittimità costituzionale ha prodotto, come effetto immediato, l'insorgenza del diritto, in capo a ciascun cittadino-utente, a ripetere le somme indebitamente versate a titolo di contributo di depurazione al gestore idrico.

³ In effetti, il canone in questione deve essere considerato quale corrispettivo di un servizio, e pertanto la somma richiesta si deve considerare del tutto indebita. Su tutto quanto affermato depone favorevolmente la sent. della Corte di cassazione n. 14314 del 7.7.2005, la quale recita: «Non può ritenersi che il legislatore avalli l'assurdo che il cittadino debba sostenere per un periodo oneri economici per un depuratore inesistente senza che la Pubblica Amministrazione fornisca doverosa e puntuale motivazione...»; cfr. F. MELI – S. MELI, *Canone di depurazione: quando il contribuente deve pagarlo*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, n. 6, pp. 836-844)

⁴ Contesta in parte tale declaratoria E. MARELLO, *La disciplina delle entrate (quasi) commutative: la Corte costituzionale alle prese con la «tariffa di depurazione delle acque»*, in *Giur. It.*, 2009, n. 2, pp. 499-502.

¹ Per il testo della sent. v. anche www.cortecostituzionale.it ovvero www.giurcost.it;

² V. M. RUOTOLO (a cura di), *Recentissime dalla Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 2008, n. 11, pp. 2380-2383.

È interessante notare che la ripetizione dell'indebitato pagato è stata successivamente regolamentata con legge dello stato onde evitare il pericolo di speculazioni giudiziarie intorno alla vicenda. In effetti con d.l. 30.12.2008, n. 208, convertito in l., con modificazioni dall'art. 1, co.1, l. 27.2.2009, n. 13, il legislatore si è affrettato a statuire che: "In attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 335 del 2008, i gestori del servizio idrico integrato provvedono anche in forma rateizzata, entro il termine massimo di cinque anni, a decorrere dal 1 ottobre 2009, alla restituzione della quota di tariffa non dovuta riferita all'esercizio del servizio di depurazione"⁵

È interessante osservare la dinamica con cui si determina la successione nel tempo, al vuoto normativo, della previsione legislativa di cui sopra, in quanto la stessa determina una modifica peggiorativa dello *status quo ante* rispetto ai diritti acquisiti dagli utenti che si sono attivati per la restituzione delle somme ante decreto. In altre parole, per chi ha inoltrato domanda di restituzione degli indebiti versati agli enti di gestione nel periodo intercorrente tra la declaratoria di illegittimità costituzionale e l'entrata in vigore del decreto legge, poi convertito in legge, si è venuto a creare un trattamento di favore rispetto a chi, in forza della successiva previsione normativa, è costretto ad aspettare anche cinque anni per vedere soddisfatto il proprio diritto al rimborso.

Ma vi è di più. La sentenza si è anche curata di condannare l'inerzia della pubblica amministrazione nella realizzazione dei depuratori, per questa via ritenendo illegittimi anche i fondi patrimoniali vincolati alla costruzione di nuovi impianti⁶ ed adducendo inte-

⁵ Sui termini di prescrizione vi è già stato un parere della Corte dei conti, cfr. M. PETRULLI, *I chiarimenti della Corte dei Conti sulla durata del termine di prescrizione per il rimborso dei canoni di fognatura, riscossi dal Comune ma in realtà non dovuti dai cittadini*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, n. 11, pp. 1482-1485.

⁶ Il tema risulta d'interesse, infatti, si discute fra l'altro, di un meccanismo premiale anche attraverso azioni in merito al servizio di depurazione, cfr. P. MORIGI, *Quadro strategico nazionale 2007-2013. Alla ricerca del meccanismo premiale per finanziare servizi collettivi*

ressanti motivazioni (si leggono, tra le altre, nella sent. n. 335/2008 le seguenti osservazioni: a) *l'ammontare della quota di tariffa riferita al servizio di depurazione è determinato indipendentemente dal fatto se il depuratore esista o no*; b) *il provento può essere destinato alla costruzione di depuratori non utilizzabili dal singolo utente obbligati al pagamento...*) in ordine alla loro illegittimità.

Il secondo effetto della declaratoria di incostituzionalità, o effetto mediato della stessa, è la creazione di un vuoto normativo che, in questo caso, avrebbe dovuto essere colmato con una previsione legislativa volta alla ridefinizione del contributo di depurazione in misura proporzionale alla fruizione dello stesso.

Proprio qui sembra che il legislatore abbia fatto un vero e proprio torto alla sentenza in esame, in quanto si discosta dalla stessa, prevedendo nuovamente che gli oneri relativi alla progettazione o costruzione di impianti di depurazione sono comunque dovuti dall'utente quando gli impianti siano in progettazione o in costruzione, purché si proceda nel rispetto dei tempi programmati.

Ciò non toglie che se il piano d'ambito individua le opere da porre in essere in relazione alla depurazione, l'autorità fornisce i fondi ma il gestore non realizza il piano in tempi accettabili, vi è inadempimento di quest'ultimo; viceversa se l'autorità non redige il piano d'ambito o non fornisce i fondi, si ha un inadempimento del titolare del rapporto contrattuale, che è sempre il gestore, che però può chiamare in causa l'autorità.

Sebbene quindi il giudice supremo sia stato chiaro nel determinare gli oneri e le responsabilità dell'amministrazione in casi che riguardano forme di inerzia per la stessa, che non possono opprimere i cittadini, tuttavia il legislatore ha ritenuto di non poter più fare a meno del contributo di depurazione. Probabilmente si tratta anche di un recupero forzato in ragione di quel federalismo fiscale che impone ai singoli enti territoriali di individuare le risorse di copertura delle proprie spese.

Sta di fatto, comunque, che oltre a cercare di porre un argine alla piena espansione del diritto al rimborso del canone di depurazione, ed essenziali, in *La Finanza locale*, 2008, n. 3, pp. 7-9.

il legislatore non si è affatto preoccupato di ristrutturare tale voce rideterminandone l'*occasio*. Per questa via si tratta, a modesto avviso di chi scrive, di una sentenza che ha avuto un esito claudicante. Riguardo agli anni il cui rimborso potrà essere richiesto, ci si rifà alla delicata questione della giurisdizione sulle vertenze in materia di canone o tariffa di depurazione, che resta inevitabilmente aperta, creando non poche incertezze a tutti coloro che, pur avendo inoltrato un'istanza formale, comunque interruttiva dei termini prescrizione di cui all'art. 2946 c.c., di fronte al rifiuto di restituire le somme versate in assenza del servizio, intendano agire giudizialmente per il recupero di quanto indebitamente pagato.

Quanto alla disciplina prescrizione di eventuali azioni la stessa andrebbe inquadrata nell'ambito dell'art. 2946 c.c., che prevede l'ordinario termine decennale previsto in campo contrattuale.

La giurisdizione delle commissioni tributarie è stata estesa, si è fra l'altro inclusa il «*canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue*», tuttavia tenendo presente l'argomentazione della C. cost., con la quale si esclude la natura tributaria del canone e della tariffa, non resta altro che escludere la giurisdizione tributaria.

La competenza in tal caso è del giudice ordinario.

Nell'incertezza che sta caratterizzando una vicenda difficilmente riconducibile all'unitarietà di azioni, a causa degli innumerevoli soggetti pubblici e privati inadempienti coinvolti su tutto il territorio nazionale (comuni, ATO, concessionari), sarà ancora una volta la giurisprudenza a fornire valide indicazioni e forse utili orientamenti per evitare l'avvio di un contenzioso di massa derivante ancora una volta dalla negligente gestione dei soldi dei contribuenti.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 22.7.2009, n. 227

Finanziaria 2008 - somme versate a titolo ICI per periodi precedenti al 2008, da coloro che dimostrino la ruralità dell'immobile. Irripetibilità. Illegittimità costituzionale

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 2, co. 4 l. 24.12.2007, n. 244 (finanziaria 2008) che prevede la irripetibilità delle somme versate a titolo di ICI per i periodi precedenti all'anno 2008 dai soggetti destinatari delle disposizioni di cui alla lett. i) co. 3 bis, art. 9 d.l. 557/93, convertito dalla l. 26.2.1994, n. 133.

Se la legge ebbe a ritenere insussistenti i presupposti per l'insorgere della obbligazione, non è consentito al legislatore intervenire successivamente con una norma che rende a sua volta irripetibile quanto già, peraltro, *sine causa* versato. Diversamente opinando si creerebbe una disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente uguali, determinandosi un trattamento deteriore tra chi abbia erroneamente pagato una imposta non dovuta e chi, versando nella medesima situazione, non abbia invece effettuato nessun pagamento.

Cassazione Civile, Sez. Trib. 4.11.2009 n. 23392

Tarsu - magazzini - collegamento funzionale con le aree produttive - causa di esclusione - non sussiste

... l'esenzione dall'obbligo del conferimento dei rifiuti al servizio pubblico e dal pagamento della relativa tassa, prevista dal d. lgs. 15.11.1993, n. 507, art. 62, co. 5 ter sussiste a meno che il comune non abbia diversamente previsto, disciplinando con apposito regolamento il servizio da cui la riscossione dei rifiuti dipende come nella specie. ... Infatti in tale materia, dalla determinazione della superficie tassabile, ai sensi del d. lgs. 15.11.1993, n. 507, art. 62, co. 3, sono escluse solo le porzioni di aree dove, per specifiche caratteristiche strutturali e per destinazione, si formano, di regola, rifiuti speciali, tossici o nocivi, in entità rilevante, ivi compresi quelli derivanti da lavorazioni industriali (d.P.R. n. 915 del 1982, art. 2), allo smaltimento dei quali sono tenuti a prov-

vedere a proprie spese i produttori dei rifiuti stessi in base alle norme vigenti. Invece non sono esclusi i locali e le aree destinati all'immagazzinamento o alla cessione dei prodotti finiti, i quali rientrano nella previsione di generale tassabilità, a qualunque uso siano adibiti, posta dal d. lgs. 15.11.1993, n. 507, art. 62, co. 1, prima parte, come nel caso in esame. Infatti il collegamento funzionale con l'area produttiva, destinata alla lavorazione industriale, delle aree destinate all'immagazzinamento dei prodotti finiti, come di tutte le altre aree di uno stabilimento industriale, tra cui quelle adibite a parcheggio, a mensa e ad uffici, non assume rilievo, atteso che tale collegamento funzionale fra aree non e' stato previsto come causa di esclusione dalla tassazione neanche dalla legislazione precedente l'entrata in vigore del d. lgs. n. 507 del 1993 (V. pure Cass Sentenze n. 19461 del 18/12/2003, n. 12749 del 2002). La Corte delle leggi (sentenza n. 119 del 1999 cit.) ha chiarito che l'esenzione dall'ICI prevista "alle lettere b), e), d), g), h), i)" del d. lgs. n. 504 del 1992, art. 7 riguarda sempre "immobili destinati ad attività' peculiari che non siano produttive di lucro e di reddito". La necessità, affermata dalla C. cost., che, ai fini del riconoscimento dell'esenzione prevista dalla norma, le attività' esercitate negli immobili "non siano produttive di lucro e di reddito" costituisce, quindi, secondo la stessa Corte, imprescindibile condizione (anche logico giuridica) per la delimitazione della fattispecie legale della esenzione prevista dal d. lgs. n. 504 del 1992, art. 7: di conseguenza - tenuto conto che, come "più volte precisato" dalla C. cost. (di recente nel provvedimento 27.7.2007 n. 330) "la retroattività propria dell'interpretazione autentica non tollera logicamente eccezioni al significato attribuito alla legge interpretata" -, non può ritenersi che rientri "nell'area semantica della disposizione" (ovverosia "tra le possibili letture del testo originario") dettata dal d. lgs. n. 504 del 1992, art. 7, lett. i ("area" e "letture" cui, secondo C. cost., 7.11. 2008 n. 362, occorre fare riferimento al fine di riscontare la "natura interpretativa" di una norma) la successiva disposizione con la quale il legislatore ha stabili-

to che l'esenzione in questione "si intende applicabile" alle "attività" indicate nella lettera detta una volta (l. n. 248 del 2005) "a prescindere dalla natura eventualmente commerciale" di quelle attività e, successivamente (d.l. n. 223 del 2006, convertito nella l. n. 248 del 2006), (solo) se quelle attività "non abbiano esclusivamente natura commerciale", essendo evidenti che le due previsioni circa la rilevanza (peraltro di differente latitudine per ciascuna norma), ai fini dell'esclusione dall'imposta, della "natura commerciale" dell'attività svolta nell'immobile (altrimenti soggetto all'imposta stessa) tolgono valore (in tutto od in parte) - imponendo una valutazione ermeneutica della disciplina normativa del tutto diversa dalla precedente - alla produzione "di lucro e di reddito" già ritenuta, anche dalla Corte delle leggi (sentenza n. 119 del 1999 cit.), ostativa al riconoscimento dell'esclusione dall'imposta in base alla sola previsione dal d. lgs. n. 504 del 1992, art. 7, lett. i. Si deduce da tanto che nelle indicate sopravvenute norme difetta qualsiasi carattere di interpretazione autentica perché esse - imponendo di comunque valutare la "natura commerciale" dell'attività espletata, considerata (si ripete: anche dalla Corte delle leggi) ostativa all'esclusione dall'imposta in base all'art. 7, lett. i) - innovano la disciplina di quello che la C. cost. (ord. 19.12. 2006 n. 429) ha definito il "requisito oggettivo delle attività" da svolgersi negli immobili ai fini dell'esenzione dall'ICI" e, di conseguenza, che (diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente) nessuna di essa e' applicabile alla specie essendo questa regolata dal testo del d. lgs. n. 504 del 1992, art. 7 vigente al momento di riferimento dell'imposta, nel caso (ampiamente) anteriore all'entrata in vigore delle nuove norme (Red. Valentina Romani).

Corte di Cassazione, Sez. un. 21.8.2009, n. 18565

Imponibilità ai fini ICI dei c.d. "fabbricati rurali"

Qualora un "fabbricato" sia stato catastalmente classificato come " rurale" (categoria A/6 per le unità abitative, categoria D/10 per gli immobili strumentale alle attività agricole) resta precluso ogni accertamento, in funzione della pretesa assoggettabilità ad ICI del fabbricato in questione, che non sia connesso ad una specifica impugnazione della classificazione catastale riconosciuta nei riguardi dell'ammi-

nistrazione competente: allo stesso modo, in senso inverso, qualora il "fabbricato" non sia stato catastalmente classificato come " rurale", il proprietario che ritenga, tuttavia, sussistenti i requisiti per il riconoscimento come tale, non avrà altra strada che impugnare la classificazione operata al fine di ottenere la relativa variazione, dimostrando la sussistenza dei requisiti indicati nell'art. 9, co. 3 e 3 bis, d.l. 557/93. Allo stesso modo, il comune dovrà impugnare l'attribuzione della categoria catastale A/6 o D/10 al fine di poter legittimamente pretendere l'assoggettamento del fabbricato all'ICI.

Nel caso di immobili strumentali, non rileva la identità tra titolare del fabbricato e titolare del fondo, potendo la ruralità essere riconosciuta anche agli immobili delle cooperative che svolgono attività di manipolazione, trasformazione, conservazione, valorizzazione o commercializzazione dei prodotti agricoli conferiti dai soci.

Consiglio di Stato, V, 28.5.2009, n. 3261

Ente locale - dichiarazione di dissesto finanziario - maturazione di interessi e rivalutazione sui crediti pecuniari nel corso della gestione straordinaria - sussistenza

La norma che dispone il blocco della rivalutazione monetaria e degli interessi in relazione ai debiti degli enti locali in stato di dissesto finanziario ai sensi del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, art. 248, va interpretata nel senso che anche dopo la dichiarazione di dissesto finanziario continuano a maturare, sui debiti pecuniari degli enti dissestati, interessi e rivalutazione monetaria ai sensi dell'art. 1224 c.c. a decorrere dal momento in cui il credito è divenuto liquido ed esigibile. Una volta terminata la fase di dissesto, l'interessato è libero di proseguire nella richiesta di corresponsione degli interessi e della rivalutazione.

Commissione Tributaria Regionale Puglia, Sez. XI, 11.12.2009 n. 89

Cartella di pagamento - mancata indicazione del responsabile del procedimento - annullabilità - sussiste

L'assenza di specifica previsione legislativa che sanzioni di nullità e quindi di invalidità le cartelle di pagamento prive dell'indicazione del responsabile del procedimento relative a ruoli formati prima del 1.6.2008, non significa che le stesse siano legittime sul piano interpretativo e non esclude la sanzione meno grave dell'annullamento delle stesse ai sensi dell'art. 7 co. 2

della l. n. 212/2000.

Commissione Tributaria Regionale Toscana
Sez. XXV, 24.8.2009 n. 68

Tributi locali vari - tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi - l. 31.10.2003, n. 306 - natura della sua interpretazione - conseguenze.

La l. 31.10.2003, n. 306, (l. comunitaria) ha natura di interpretazione autentica perché conseguente al procedimento di infrazione avanti la Commissione dell'Unione Europea nei confronti dello Stato Italiano in quanto l'art. 1, coo. 17, 18 e 19, della l. 21.12.2001, n. 443, e' stato ritenuto, dalla stessa Commissione, contrastante con le direttive europee in materia di rifiuti. La natura della interpretazione (autentica) della l. 31.10.2003, n. 306, comporta la sua efficacia retroattiva e tale sua connotazione non può essere limitata da altra norma che sarebbe comunque incostituzionale a mente degli artt. 3 e 97, cost., e, con riferimento all'art. 23 octies d.l. 24.12.2003, n. 355, convertito in legge 27.02.2004, n. 47, (che differiva l'efficacia dell'art. 23 l. 31.10.2003, n. 306, a far tempo

dal 31.12.2004), sarebbe del pari incostituzionale con riferimento agli artt. 11 e 117 cost. (Red. Emanuele Riccardi).

Commissione Tributaria Provinciale Parma
Sez. V, 6.9.2009 n. 85

ICI - destinazione ad agriturismo - ruralità - sussistenza

L'esenzione prevista dall'art. 9 del d.l. 557/93 per gli immobili destinati ad agriturismo, rilevato il riconoscimento della ruralità degli stessi, deve applicarsi anche agli immobili strumentali a detta attività in forza della generale formulazione normativa (Red. Emanuele Riccardi).

Commissione Tributaria Provinciale Roma Sez.
XLI, 4.9.2009 n. 329

Cartella esattoriale - iscrizione a ruolo in pendenza del ricorso avverso l'avviso di accertamento - illegittimità.

La cartella di pagamento emessa sulla base di un avviso di accertamento impugnato innanzi alla Commissione Tributaria e ancora non deciso deve ritenersi illegittima (Red. Emanuele Riccardi).

«.....GA.....»

PARERI



Questa sezione della Gazzetta Amministrativa è realizzata in collaborazione con il Servizio ANCI Risponde

1. LE VERIFICHE SUI PAGAMENTI

DOMANDA

I comitati locali della Croce Rossa sono soggetti al controllo presso Equitalia in caso di pagamenti superiori a 10.000,00 euro in considerazione del fatto che nell'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni è citata solo la sede centrale?

RISPOSTA

Facendo riferimento alla questione posta, si ritiene che la verifica presso Equitalia prevista per i pagamenti superiori ai 10.000 €, debba essere fatta anche per i comitati locali della Croce Rossa.

«.....GA.....»

2. IL REGIME ICI PER GLI ISCRITTI ALL'AIRE

DOMANDA

In riferimento al regime ICI per i cittadini iscritti all'AIRE se il fabbricato del cittadino è stato acquistato nel 2007 (quindi la denuncia ICI doveva essere presentata nel 2008) e la dichiarazione viene presentata solo a dicembre 2009 (per l'anno 2007), spetta la detrazione per l'abitazione principale per il 2007 ed il 2008 ?

Trattandosi di regime agevolativo dichiarato con oltre due anni di ritardo, si può riconoscere "ora per allora" la detrazione per l'abitazione principale agli AIRE?

RISPOSTA

L'art. 8 del d. lgs. n. 504/92 nel disporre il re-

gime agevolativo per le abitazioni principali non lo sottopone alla necessità di apposita richiesta, ma ad un dato oggettivo che se sussistente e dimostrabile può essere concesso. Questo secondo il principio di leale rapporto con il contribuente cui si ispira il comportamento della PA e come sancito dallo statuto del contribuente (l. 212/2000). Così quando si va ad accertare un immobile omesso che costituisce abitazione principale per il soggetto passivo, si deve tenere conto di tale situazione. Cosa diversa è la sanzione per mancata presentazione della dichiarazione che verrà elevata sussistendone i presupposti.

«.....GA.....»

3. LO SMALTIMENTO RIFIUTI

DOMANDA

L'attività di smaltimento rifiuti svolta da una ditta privata per conto di esercizi commerciali è ancora possibile? Il servizio di raccolta carta e cartone pensato avviene nel modo seguente: la ditta raccoglie la carta direttamente presso gli esercizi commerciali e la trasporta presso l'apposito cassonetto dell'ecoisola situata nel territorio comunale.

RISPOSTA

Dalle indicazioni fornite nel testo del quesito non sembra che l'attività svolta dalla ditta sia regolare. Infatti si osserva che lo smaltimento di imballaggi e rifiuti da imballaggio deve essere effettuata a cura e spese dell'utilizzatore se effettuato a livello di attività economica. Pertanto nel caso specifico la ditta dovrebbe provvedere all'avvio al recupero e/o allo

smaltimento a proprie spese e non utilizzando il cassonetto della eco isola che dovrebbe essere destinato alla raccolta differenziata dei rifiuti urbani. Occorre però verificare che cosa prevede il regolamento di igiene urbana del comune riguardo l'utilizzo dell'eco isola.

«.....GA.....»

4. LA DICHIARAZIONE IN CASO DI VARIAZIONE PUBBLICITARIA

DOMANDA

Nel corso del prossimo anno l'amministrazione comunale intende chiedere ai commercianti ed esercenti pubblici di intervenire sui mezzi pubblicitari in essere per una maggiore uniformità e miglioramento estetico generale.

Qualora, a seguito di tali interventi, dovesse risultare per taluni soggetti passivi una diversa superficie imponibile rispetto a quella esistente ad inizio anno, il "conguaglio" di cui all'art. 8, co. 2, del d. lgs. n. 507/93 deve essere inteso solo come recupero dell'eventuale maggiore imposta dovuta o anche come rimborso della maggior imposta versata?

RISPOSTA

Il conguaglio di cui all'art. 8 citato è effettuato sul solo tributo qualora il contribuente presenti tempestivamente la denuncia di variazione in corso d'anno. Poiché la disposizione si riferisce a nuova imposizione, l'obbligo del conguaglio riguarda la maggiore imposta dovuta e non si riferisce al rimborso.

Ciò non toglie che il comune, nell'ambito della propria potestà regolamentare, possa approvare una delibera che chiarisca l'operazione da intraprendere e statuisca l'obbligo dell'amministrazione di provvedere anche al rimborso.

«.....GA.....»

5. LA TASSAZIONE DEI LOCALI

DOMANDA

Un'impresa individuale ha presentato una denuncia Tarsu per un locale destinato al commercio al dettaglio, un punto vendita di prodotti come sementi in busta, attrezzi per il giardinaggio, concimi ecc. Tale attività avviene all'interno di una serra adibita alla

vendita di prodotti florovivaistici da parte di un'impresa agricola facente capo allo stesso soggetto dell'impresa individuale.

I locali dichiarati ai fini Tarsu sono una parte, circa il 30% della totalità della superficie complessiva di vendita.

Sulla rimanente superficie il contribuente asserisce avvenga la vendita dei prodotti florovivaistici coltivati dall'impresa agricola e si producano rifiuti speciali che vengono smaltiti con ausilio di ditta privata.

Deve essere tassata la totalità delle aree oppure esclusivamente la porzione dove avviene la vendita al dettaglio? Nel caso in cui sia prevista l'esenzione per l'area adibita alla vendita dei prodotti florovivaistici, ha importanza che in essa siano in vendita anche addobbi natalizi, alberi di natale in plastica, gazebi per giardini, vasi e accessori anche separatamente da fiori e piante?

La considerazione dell'ufficio basata anche sulla sentenza della Cassazione 18418/05, è che in entrambe le aree del locale si producono rifiuti che sono legati ad un'attività di vendita di fiori, piante e accessori e che per tale motivo debbano essere tassate. Si precisa che il comune ha assimilato con proprio regolamento i rifiuti speciali ai rifiuti urbani nella quantità massima di 20 kg/mq anno.

RISPOSTA

Se i rifiuti rientrano nella delibera di assimilazione approvata dal comune, il contribuente dovrà dimostrare che la quantità smaltita supera l'assimilazione comunale.

Tale prova, tuttavia, non è sufficiente ad ottenere l'esclusione, in quanto sull'area come già appurato dal comune, sono prodotti di norma sia rifiuti assimilati e sia rifiuti speciali. In conclusione, l'area della serra è tassabile.

«.....GA.....»

6. LA FATTURAZIONE DEL REVISORE IN PENSIONE

DOMANDA

Il revisore unico di questo ente è un pensionato (ex lavoratore dipendente). Adesso presenta delle parcelle all'ente come lavoratore autonomo.

Si chiede se nelle sue parcelle deve considerare la contribuzione INPS ed in quale percentuale.

RISPOSTA

Facendo riferimento alla questione posta, si ritiene che nel caso esposto il revisore, rispetto al compenso determinato dal Consiglio, abbia diritto ad aggiungere il contributo Inps nella misura del 4% (ai sensi della l. 335/95, art. 2, co. 6) a cui sommare l'IVA nella misura del 20%. Ovviamente al momento della liquidazione l'ente dovrà trattenere il 20% di IRPEF.

«.....GA.....»

7. IL SERVIZIO DI TESORERIA

DOMANDA

La banca che svolge il servizio di tesoreria riscuote il corrispettivo relativo al servizio mensa scolastica dagli utenti consegnando anche agli stessi, al momento dell'incasso, i blocchetti dei buoni mensa forniti dal comune.

In assenza di atti ufficiali delibere o determine di impegno di spesa addebitata sul conto corrente di tesoreria una somma per ogni blocco consegnato ritenendola come compenso per tale operazione.

Il comune ritiene di non dover pagare tale onere anche a fronte dell'art. 2 della convenzione di tesoreria che così recita :

*"Il servizio di tesoreria ha per oggetto il complesso delle operazioni inerenti alla gestione finanziaria dell'ente in particolare la riscossione delle entrate comprese le patrimoniali ed assimilate ed in specifico quelle collegate ai servizi a domanda individuale".
E' corretto tale comportamento?*

RISPOSTA

Facendo riferimento alla questione posta, si fa presente quanto segue:

Il contratto di tesoreria attualmente in vigore, prevede che il tesoriere provveda ad incassare i corrispettivi relativi al servizio mensa scolastica, ma non anche che, contestualmente, vengano consegnati agli utenti i blocchetti di buoni mensa forniti dal comune.

Pertanto, a rigore, il tesoriere non è tenuto a

svolgere questo servizio aggiuntivo.

È chiaro però, che il tesoriere non può addebitare sul conto corrente del comune, di suo arbitrio, una spesa per lo svolgimento di questo servizio.

La questione deve essere trattata a parte e se si concorda che al tesoriere spetta un compenso ciò deve essere preventivamente oggetto di una specifica determina assunta dal responsabile del servizio finanziario.

«.....GA.....»

8. LA TARSU NEI MUSEI

DOMANDA

Questa amministrazione comunale vuole concedere a terzi il servizio di gestione del sistema museale.

Il servizio riguarderà l'attività di biglietteria e sorveglianza (durante l'apertura al pubblico) e pulizia dei locali dei musei di proprietà comunale e, a titolo di compenso, una parte del ricavato incassato dalla vendita dei biglietti d'ingresso dalla società che si aggiudicherà la gara, dovrà essere riversato al comune.

Non trattandosi di un contratto di locazione ma di gestione di un servizio su aree museali di proprietà del comune la tassa sullo smaltimento dei rifiuti da chi è dovrà essere pagata?

RISPOSTA

Come evidenziato, il museo non viene dato in locazione al soggetto in questione ma allo stesso vengono appaltati dei servizi. Pertanto i locali restano nella disponibilità del comune, che, da quello che emerge dal quesito, resta anche titolare dell'attività museale. Di conseguenza il soggetto passivo della Tarsu è il comune.

«.....GA.....»

9. LA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI

DOMANDA

Si chiede se il comune che liquida un compenso agli eredi di professionista defunto (da assoggettarsi a ritenuta d'acconto, come da ultimo affermato dalla Cassazione civile con

sentenza 27/02/2009 n. 4785) debba provvedere al versamento dell'Irap quale compenso di fatto equiparato a lavoro autonomo.

RISPOSTA

In caso di decesso i redditi di lavoro autonomo prodotti dal contribuente deceduto sono soggetti a tassazione separata in capo agli eredi, salvo opzione contraria, ex art. 7, co. 3, Tuir, con riferimento al periodo di imposta in cui sono percepiti.

L'applicabilità di tale disposizione è stata peraltro confermata dalla Cassazione nella pronuncia del 27.2.2009, n. 4785. Detta pronuncia ha peraltro precisato che nelle fattispecie di cui trattasi è legittima l'applicazione della ritenuta Irpef sul reddito, e non soltanto del tributo successorio, poiché *“Le due imposte hanno funzioni, motivazioni e connotazioni diverse e perseguono differenti finalità impositive. Non si è in presenza, pertanto, di alcuna duplicazione di imposta, né, tanto meno, di violazione del principio costituzionale sulla capacità contributiva (art. 53 cost.)”*.

Per venire al merito della richiesta formulata, si rileva che la stessa pronuncia ha precisato che *“il credito relativo a prestazioni effettuate dal professionista, che sia acquistato e pagato all'erede dopo la morte del professionista, costituisce, per la sua essenza, un reddito di lavoro autonomo, in quanto deriva dall'esercizio di una attività professionale e conserva detta natura anche se la somma relativa non viene corrisposta al professionista ma all'erede. Il credito del de cuius si trasferisce all'erede con la caratteristica reddituale”*.

Pur rilevando che il novero delle conseguenze derivanti dall'intervenuta pronuncia non risulta al momento esplicitato da pronunciamenti interpretativi ufficiali dell'amministrazione finanziaria, l'ultima proposizione riportata conferma che la natura professionale dei compensi è mantenuta anche se il pagamento viene effettuato nei confronti dell'erede, per cui si è del parere che lo stesso compenso rientri comunque nell'ambito applicativo Irap da parte dell'ente erogatore.

«.....GA.....»

SCHEMI DI ATTI E CONVENZIONI

Questo spazio è stato appositamente creato al fine di rendere effettivo lo scopo perseguito dalla Gazzetta Amministrativa, ovvero affiancare costantemente la PA nella risoluzione delle problematiche concrete che investono gli operatori di diritto nella quotidiana attività amministrativa degli Enti locali.

Detto servizio si concretizza non solo nella tempestiva risposta ai quesiti che ci verranno partecipati, ma altresì nella assistenza e nella fase di redazione degli atti amministrativi con particolare attenzione alla predisposizione di modelli, formulari e schemi di atti, regolamenti, statuti, determinazioni, deliberazioni e provvedimenti in genere che, *ab origine*, si qualificano in termini di legittimità.

Attendiamo, quindi, le Vostre richieste in ordine alle quali sarà nostra cura dare una solerte e risolutiva risposta.

Il servizio è esclusivamente riservato agli operatori della PA ed il richiedente dovrà indicare l'Ente di appartenenza, un proprio riferimento telefonico, fax, email, nonché l'unità organizzativa presso la quale presta attività.

Recapiti: Telefono 06.3242351 – 06.32.42.354 Fax 06.32.42.356
Email: info@gazzettaamministrativa.it



L' ABBONAMENTO COMPRENDE

1. RIVISTICA GIURIDICA TRIMESTRALE

La Gazzetta Amministrativa è un periodico trimestrale che si compone di n. 4 volumi annuali ciascuno dei quali è suddiviso nelle seguenti aree tematiche:

- **“Urbanistica, Edilizia ed Ambiente”**
- **“TUEL – Procedimento Amministrativo e Riforme Istituzionali”**
- **“Contratti Pubblici e Servizi Pubblici Locali”**
- **“Pubblico Impiego”**
- **“Programmazione, Bilancio, Controllo di gestione, Finanza e Fiscalità degli Enti Locali, Finanziamenti Comunitari”.**

2. SERVIZI PER GLI ABBONATI

- a) Incontri formativi di una giornata presso i capoluoghi di provincia sulle tematiche trattate dalla rivista e le più importanti ed attuali novità normative e giurisprudenziali.
- b) Partecipazione Gratuita per l'abbonato.
- c) Pareri e schemi di atti. Assistenza al caso pratico.
- d) Incontro consulenziale gratuito previo appuntamento presso la redazione della rivista.
- e) Contenzioso on-line.
Agli Enti locali abbonati verrà fornito gratuitamente l'aggiornamento quotidiano on-line dello stato del proprio contenzioso amministrativo con accesso tramite password riservata sul sito www.gazzettaamministrativa.it.
- f) Analisi del fabbisogno.
La G.A. offre gratuitamente agli abbonati annualmente un'analisi del fabbisogno formativo dell'ente locale emergente dall'esame del contenzioso dell'ente medesimo.

3. COME ABBONARSI

COSTO DI ABBONAMENTO € 120,00 (IVA e Spese di Spedizione incluse)

4 NUMERI ALL'ANNO DELLA RIVISTA OLTRE A TUTTI I SERVIZI SOPRA ELENCATI {sub a); sub b); sub c); sub d) solo soggetti abilitati; sub e)}.

Il modulo di abbonamento è scaricabile dal sito www.gazzettaamministrativa.it. Eseguite le formalità all'uopo richieste, l'abbonato deve registrarsi sul suddetto sito, a seguito di detta registrazione, verrà inviata via *e-mail* la password personale e riservata per accedere a tutti i servizi.



OFFERTA PROMOZIONALE PER I COMUNI

PACCHETTO

Apicali (ordinativo per tutti i funzionari, dirigenti e per il segretario)

PACCHETTO

Giunta (ordinativo per tutti i componenti della Giunta)

PACCHETTO

Consiglio (ordinativo per tutti i componenti del Consiglio)

CAMPAGNA ABBONAMENTI 2009

- l'acquisto di ciascun pacchetto dà diritto al 10% di sconto;
- l'acquisto di due pacchetti dà diritto al 15% di sconto;
- l'acquisto di tutti e tre i pacchetti dà diritto al 20% di sconto;
- l'acquisto di oltre 100 copie dà diritto al 25% di sconto

ORDINATIVI MULTIPLI COMUNE/PROVINCIA/REGIONE

N. ABBONAMENTI RICHIESTI _____

TOTALE CORRISPOSTO (come da allegata ricevuta di pagamento) € _____

Seguirà elenco dei soggetti abbonati indicando la qualifica e l'unità organizzativa di appartenenza dei dipendenti o la funzione degli amministratori ad ognuno dei quali verrà quindi assegnata una password personale per l'accesso a tutti i servizi della Gazzetta e per il ricevimento della rivista cartacea.

DATI FATTURAZIONE

FATTURARE A

CODICE FISCALE O PARTITA IVA

INDIRIZZO

LOCALITA'

MAIL TEL. FAX

MODALITÀ DI PAGAMENTO DA INTESTARE A:

LA GAZZETTA AMMINISTRATIVA S.R.L. Via G. Nicotera n.29 – 00195 Roma

- Versamento su c.c. bancario c/o Unicredit Banca: IT 98 T 03002 03219 000011036660
- Versamento con assegno NON TRASFERIBILE
- Versamento su c/c postale n. 92009240 intestato a: La Gazzetta Amministrativa S.r.l.

L'abbonamento entrerà in vigore dal numero successivo alla sottoscrizione soltanto a pagamento avvenuto.