



GAZZETTA AMMINISTRATIVA

DEI COMUNI DELLE PROVINCE E DELLE REGIONI D'ITALIA

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E FORMAZIONE GIURIDICO TECNICO-PRATICO
DELLA AMMINISTRAZIONE PERIFERICA DELLO STATO E DEGLI ENTI E SOCIETÀ PUBBLICHE LOCALI

IN QUESTO NUMERO

- *LA NATURA GIURIDICA DEL PROVVEDIMENTO DI REVOCA DELL'ASSESSORE*
- *DISMISSIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E GOVERNO DEL TERRITORIO*
- *IL NUOVO REGIME DELL'ATTIVITÀ EDILIZIA LIBERA DELINEATO DAL D.L. N. 40/2010*
- *D.I.A. E FONTI RINNOVABILI AVANTI AL GIUDICE COSTITUZIONALE*
- *OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA E FISSAZIONE DI UN PREZZO – SOGLIA:
IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA MERITO TECNICO E CONVENIENZA ECONOMICA*
- *DURC. APPLICAZIONE NEL SETTORE DEL COMMERCIO DOPO LA L. N. 191/2009 “FINANZIARIA”*
- *IL C.D. COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE QUALE CAUSA DI ESCLUSIONE DALLA GARA
D'APPALTO, DALLA MERLONI AL CODICE DE LISE*
- *I REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA NEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE -
FATTURATO GLOBALE E FATTURATO SPECIFICO*
- *LO SPOILS SYSTEM DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI NELLE PRONUNCE DELLA CORTE
COSTITUZIONALE*
- *LO SCORRIMENTO DELLA GRADUTORIA DEI PUBBLICI CONCORSI: OBBLIGO O FACOLTÀ PER LA PA?*
- *SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI E CCNL 2008: COMPETE IL CONGUAGLIO PER I DIRITTI DI
SEGRETERIA*
- *IL DEMANSIONAMENTO NEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO ALLA LUCE DELLA RECENTE
GIURISPRUDENZA. LA TUTELA RISARCITORIA*
- *TARIFFA DI DEPURAZIONE ACQUE: LE REGOLE PER LA RESTITUZIONE DELLA QUOTA AGLI UTENTI
NON SERVITI DA DEPURATORE*
- *GOVERNO DEI CONTI PUBBLICI, FEDERALISMO FISCALE E ASSETTO DELLA FINANZA E DEI TRIBUTI
DELLE AUTONOMIE SPECIALI: LA DIFFICILE QUADRATURA DEL CERCHIO*

DIREZIONE REDAZIONE E SEDE LEGALE: VIA G. NICOTERA, 29 - 00195 ROMA - TEL. 06.3242351
TEL. 06.3242354 - FAX 06.3242356 - www.gazzettaamministrativa.it - info@gazzettaamministrativa.it



Presidente Onorario: Pasquale de Lise

Segretario Generale Onorario: Filippo Gai

DIREZIONE E REDAZIONE

Direttore: Enrico Michetti
Direttore Responsabile: Marzia Romani
Organizzazione: Lubiana Restaini
Segretario Amministrativo: Enrico Diacetti
Rapporti con la stampa: Franco Cardinale
Corsi di Formazione: Ida Petraccone
Redattori: Maurizio Asprone (Innovazione tecnologica), Anna Cinzia Bartocconi (Ambiente), Maria Cristina Colacino (Tuel - Proc. Amministrativo), Pasquale Colafemmina (Normativa d'impresa), Antonio Cordasco (Energia), Paolo Cortesini (Formulario), Giuseppe Dall'Ozzo (Responsabilità), Michele De Cilla (Appalti), Fabrizio De Castris (Patti Territoriali), Maurizio Dell'Unto (Autorità), Stefano Di Giovan Paolo (Banche ed Assicurazioni), Daniele Fabbro (Vaticano), Andrea Iacobini (Comunicazione), Livio Lavitola (Edilizia), Francesco Lettera (Ambiente), Andrea Pistilli (Esecuzione dei Lavori Pubblici), Adriano Marini (Pubblico Impiego e Formazione del Personale), Federico Mazzella (Servizi Pubblici Locali), Antonio Meola (Finanza), Simone Morani (Acqua), Salvatore Napolitano (Contratti della PA), Guglielmina Olivieri Pennesi (Patrimonio e Demanio), Stefano Olivieri Pennesi (Bilancio), Andrea Perrotta (Finanziamenti comunitari), Valentina Romani (Tributi e Fiscalità degli Enti Locali), Rosaria Salerni (Urbanistica), Fernando Santoriello (Protezione civile), Michele Scognamiglio (Finanza degli Enti Locali), Elisa Scotti (Lavori Pubblici), Michela Urbani (Espropriazioni)

Vicedirettori: Valentina Romani e Paolo Pittori
Capiredattori: Emanuele Riccardi e Mauro Fiore
Segretario di Redazione: Antonio Pulcini
Università: Fabio Fiorillo
Impaginazione e Grafica: Gazzetta Tecnologie s.r.l.
Relazioni esterne: Luigi Marcelli

COMITATO SCIENTIFICO

Presidente Comitato Scientifico: Alfredo Contieri Coordinatore: Luca Palamara
Vice Presidenti vicari del Comitato Scientifico: Andrea Baldanza (Magistratura Contabile), Filippo Paone (Magistratura Civile), Giuseppe Rotondo (Magistratura Amministrativa), Andrea Paolo Taviano (Magistratura Penale).
Componenti: Edoardo Ales, Enzo Baldini, Raffaele Bifulco, Marco Frascaroli, Nino Paolantonio, Fulvio Pastore, Emilio Paolo Salvia, Massimo Sessa.

COMITATO ISTITUZIONALE

Presidente: Fabio Melilli (Presidente UPI ed AGES)
Componenti: Lorenzo Cesa, Gianfranco Conte, Pietro Folena, Maurizio Gasparri, Giancarlo Georgetti, Massimiliano Mignanelli, Guido Milana, Silvano Moffa, Paolo Naccarato, Alessandro Pagano, Stefano Sassano, Ugo Sposetti.

COMITATO

Presidenze Consigli Regionali, ANCI Regionali, UPI Regionali, UNCEM Regionali

HANNO PARTECIPATO

Rossana Airò, Giuseppe Antonacci, Filippo Barbagallo, Francesco Colacicco, Gian Paolo Cortese, Diana Crudo, Valeria Coppola, Fabiola Cordiano, Francesco Corvisieri, Andrea Valerio Cambi, Annabella Di Toma, Alessandra Domenici, Diego De Magistris, Andrea Drusin, Sonia De Sanctis, A. Eliseo, Paolo Ermini, A. Farruggio, Federico Frasca, Giulio Forleo, Sergio Fifi, Alessandra Giannotti, Michela Giachetti Fantini, Eneide Grattacaso, Mariella Iacono, Elisa Lori, Alfonso Maresca, Claudia Marra, Valentina Mariani, Matteo Marolla, Mario Nigro, Matteo Nuzzo, Gianluca Piccinni, Daniela Pozzilli, Valentina Pavone, Sara Rossi, Paolo Romani, Pamela Rossi, Guido Rivosecchi, Francesco Ricciardi, Andrea Serafini, Francesco Sampugnaro, Graziella Maria Scarcella, Domenico Tomassetti, Angela Turchiano, Michela Urbani, Rosa Valicenti, Alfonso Vuolo.



SOMMARIO

L'EDITORIALE: LA BANDA LARGA: UNA PRIORITÀ PER L'ITALIA
del Prof. Avv. Enrico Michetti..... 4

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	6
REDAZIONALI	13
DEFINITA, PER ORA, LA RIDUZIONE DELLE "POLTRONE" <i>del Dott. Adriano Marini</i>	13
AMMISSIBILE L'INTEGRAZIONE POSTUMA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO IMPUGNATO QUALORA LE RAGIONI DELL'ATTO STESSO SIANO, IN MANIERA CHIARA ED INEQUIVOCA, INTUIBILI SULLA BASE DEL DISPOSITIVO DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO <i>dell'Avv. Maria Cristina Colacino</i>	18
CAUSE DI INCANDIDABILITÀ, INELEGGIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ NEGLI ENTI LOCALI (I ^A PARTE) <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i>	22
LA NATURA GIURIDICA DEL PROVVEDIMENTO DI REVOCA DELL'ASSESSORE <i>della Dott.ssa Annabella Di Toma e Prof. Avv. Maurizio Asprone</i>	28
BREVI CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL DIBATTITO SU GIUSTIZIA POLITICA E RAGIONI DI STATO <i>del Prof. Fulvio Pastore</i>	31
LA PROMOZIONE DELLA RAPPRESENTANZA DI GENERE TRA IPOTESI DI AZIONI POSITIVE E NORMATIVE ANTIDISCRIMINATORIE <i>del Dott. Alfonso Maresca</i>	35
IL RIPARTO DELLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE (E LEGISLATIVE): DALL'ORIGINARIO DISEGNO COSTITUZIONALE AGLI ATTUALI PROFILI PROBLEMATICI <i>del Dott. Alfonso Vuolo</i>	40
IL RUOLO DELLA CRISI ECONOMICA NEL RIPARTO DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE TRA STATO E REGIONI <i>dell'Avv. Mario Nigro</i>	52
DISMISSIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E GOVERNO DEL TERRITORIO <i>del Dott. Francesco Sampugnaro</i>	55
LA DISCIPLINA SULLE CITTÀ METROPOLITANE CONTENUTA NEGLI ARTT. 15 E 23 DELLA L. N. 42 DEL 2009: LUCI ED OMBRE DEL MODELLO DI CITTÀ METROPOLITANA DELINEATO DALLA LEGGE DELEGA SUL FEDERALISMO FISCALE <i>della Dott. ssa Michela Giachetti Fantini</i>	59
GIURISPRUDENZA	67
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI	67
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE	80
PARERI	101

EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	104
REDAZIONALI	
L'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA PER LA VENDITA DI BENI VINCOLATI NELLA DISCIPLINA VIGENTE COORDINATA CON LE PREVISIONI DELLA CIRCOLARE DEL MINISTERO DEI BENI CULTURALI DEL 22.1.2010	



della Dott.ssa Rosaria Salerni.....	106
IL NUOVO REGIME DELL' ATTIVITÀ EDILIZIA LIBERA DELINEATO DAL D.L. N. 40/2010	
della Dott.ssa Valentina Pavone	111
BREVI OSSERVAZIONI SUI RIFLESSI DELL' ART. 41 L. 99/2009 SULL' ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DELL' ENTE LOCALE	
degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco	115
QUANDO POSSONO CONSIDERARSI INIZIATI I LAVORI EX ART. 15, 2° CO. T.U. EDILIZIA?	
degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi	118
UN PANORAMA SULL' INADEMPIMENTO DELL' ORDINE DI DEMOLIZIONE E L' EFFETTO ABLATIVO A FAVORE DELL' ENTE COMUNALE	
degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi	124
LA COMPETENZA CONCORRENTE IN MATERIA DI ENERGIA E PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE	
della Dott.ssa Elisa Lori.....	130
SULL' INSTALLAZIONE DEGLI IMPIANTI FOTOVOLTAICI: IL D. LGS. 387/2003	
dell' Avv. Eneide Grattacaso.....	135
D.I.A. E FONTI RINNOVABILI AVANTI AL GIUDICE COSTITUZIONALE	
della Prof.ssa Elisa Scotti	138
LA COSTRUZIONE DEGLI IMPIANTI FOTOVOLTAICI DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 119 DEL 2010. PROFILI CIVILISTICI	
dell' Avv. Matteo Nuzzo.....	145
GIURISPRUDENZA	151
URBANISTICA	151
ESPROPRIAZIONI.....	152
EDILIZIA.....	155
ABUSI EDILIZI.....	158
PAESAGGIO	159
AMBIENTE	160
OSSERVATORIO PENALE	165
PARERI	167

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	172
REDAZIONALI	
OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA E FISSAZIONE DI UN PREZZO – SOGLIA: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA MERITO TECNICO E CONVENIENZA ECONOMICA	
dell' Avv. Salvatore Napolitano	180
DURC. APPLICAZIONE NEL SETTORE DEL COMMERCIO DOPO LA L. N. 191/2009 “FINANZIARIA”	
dell' Avv. Andrea Drusin.....	184
IL C.D. COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE QUALE CAUSA DI ESCLUSIONE DALLA GARA D' APPALTO, DALLA MERLONI AL CODICE DE LISE	
del Dott. Andrea Pistilli.....	186
I REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA NEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE - FATTURATO GLOBALE E FATTURATO SPECIFICO	
dell' Avv. Gianluca Piccinni.....	190
LA “CLASS ACTION” NEI SERVIZI PUBBLICI? COMMENTO ALL' AZIONE GIUDIZIALE INTRODOLTA DAL D. LGS. N. 198/2009	
dell' Avv. Federico Mazzella.....	196
OSSERVATORIO SULL' AUTORETÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE:	
REQUISITI DI ORDINE GENERALE PER L' AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE AI SENSI DELL' ART. 38 DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163 NONCHÉ PER GLI AFFIDAMENTI DI SUBAPPALTI. PROFILI INTERPRETATIVI ED APPLICATIVI	
dell' Avv. Maurizio Dell' Unto.....	203
PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA DISCIPLINA APPLICABILE ALL' ESECUZIONE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI	
dell' Avv. Maurizio Dell' Unto.....	211
GIURISPRUDENZA	214
CONTRATTI PUBBLICI	
dell' Avv. Andrea Drusin e della Dott.ssa Sara Rossi.....	214



SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	226
PARERI	235

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITA'

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	241
REDAZIONALI	243
LO <i>SPOILS SYSTEM</i> DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI NELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>dell'Avv. Paolo Ermini</i>	243
LO SCORRIMENTO DELLA GRADUTORIA DEI PUBBLICI CONCORSI: OBBLIGO O FACOLTÀ PER LA PA? <i>dell'Avv. Domenico Tomassetti</i>	246
SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI E CCNL 2008: COMPETE IL CONGUAGLIO PER I DIRITTI DI SEGRETERIA <i>del Dott. Francesco Colacicco</i>	249
DIRITTI DI SEGRETERIA. QUALE QUOTA COMPETE AL SEGRETARIO ROGANTE <i>del Dott. Francesco Colacicco</i>	252
LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA NEL CASO DI AFFIDAMENTO DI UN SERVIZIO PUBBLICO A SOGGETTO ESTRANEO ALLA PA E NEL CASO DI SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. LA GIURISDIZIONE CONTABILE <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i>	256
IL DEMANSIONAMENTO NEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA. LA TUTELA RISARCITORIA <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i>	259
GIURISPRUDENZA	261
PARERI	264

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	268
REDAZIONALI	275
TARIFFA DI DEPURAZIONE ACQUE: LE REGOLE PER LA RESTITUZIONE DELLA QUOTA AGLI UTENTI NON SERVITI DA DEPURATORE <i>degli Avv.ti Pamela Rossi e Sonia De Sanctis</i>	275
GOVERNO DEI CONTI PUBBLICI, FEDERALISMO FISCALE E ASSETTO DELLA FINANZA E DEI TRIBUTI DELLE AUTONOMIE SPECIALI: LA DIFFICILE QUADRATURA DEL CERCHIO <i>del Dott. Guido Rivosecchi</i>	278
ISTITUZIONE DI FONDI STATALI E LESIONE DI COMPETENZE LEGISLATIVE REGIONALI <i>dell'Avv. Francesco Ricciardi</i>	284
GIURISPRUDENZA	288
PARERI	290
ABBONAMENTO.....	295

LA BANDA LARGA: UNA PRIORITÀ PER L'ITALIA

del Prof. Avv. Enrico Michetti

La grande sfida del Paese oggi è quella senza dubbio di sostenere - entro il 2012 - la diffusione delle reti di comunicazioni a banda larga garantendo l'integrale copertura del territorio nazionale.

Azzerare il divario digitale italiano consentirà una macroscopica velocizzazione delle rituali comunicazioni con effetti assolutamente palesi in termini di benefici non soltanto nel verso della riduzione delle tempistiche relative al compimento di qualsivoglia procedura ma anche e soprattutto nel verso della qualità dei servizi resi alla cittadinanza.

Solo raggiungendo tutti i cittadini potremo portare la pubblica amministrazione on line azzerando la carta.

Chiaramente, la realizzazione della rete in parola necessita dal punto di vista amministrativo di procedure semplificate oltretutto della collaborazione, e non dell'ostruzionismo, degli enti territoriali deputati al rilascio delle autorizzazioni od alla verifica delle procedure relative alla materiale installazione dei cavidotti.

È difficile oggi poter pensare a servizi integrati di comunicazione elettronica tra la popolazione senza che vi sia un grande progetto nazionale che coinvolga chiunque abbia un ruolo pubblico o privato nella filiera che parte dall'ideazione strategica e progettuale e termina con la consegna delle reti.

Tale progetto unitario è peraltro sostenuto dalla normativa nazionale e comunitaria. Infatti, con la l. 69/2009 all'art. 1 si attribuisce al Ministero dello sviluppo economico il coordinamento del programma di interventi strutturali nelle aree sottoutilizzate necessario per facilitare l'adeguamento delle reti di comunicazioni elettroniche pubbliche e private all'evoluzione tecnologica ed alla fornitura dei servizi avanzati di informazione e di comunicazione del Paese.

Il Ministero dello sviluppo economico, peraltro, per il tramite del Dipartimento per le comunicazioni ha già predisposto il programma di interventi infrastrutturali in coerenza con la prefata normativa finalizzati all'azzeramento del *digital divide* nazionale per il cui completamento è previsto per il dicembre 2012.

Gli enti territoriali potranno svolgere un ruolo estremamente importante nel verso del concreto sviluppo delle infrastrutture strategiche sia nella fase di investimento che in quella attuativa attraverso la semplificazione delle procedure necessarie alla posa delle infrastrutture elettroniche di cui all'art. 2 della l. 133/08 favorendo lo sviluppo delle reti a banda larga e larghissima, colmando progressivamente il divario tra aree tecnologicamente avanzate e territori in cui tale infrastruttura è senza dubbio più carente.

Con le modifiche apportate dall'art. 2 della l. 133/08 ai processi di autorizzazione di installazione degli impianti di comunicazione elettronica, il legislatore ha inteso operare una velocizzazione dello sviluppo della banda larga muovendosi su due diversi piani afferenti il primo i tempi di rilascio ed il secondo gli oneri per l'utilizzo delle infrastrutture.

Relativamente ai tempi di rilascio, infatti, il primo comma del citato art. 2 ha semplificato introducendo l'utilizzo della D.I.A. che attua, non solo uno snellimento della procedura, ma al contempo abbatte altresì i tempi per l'ottenimento delle relative autorizzazioni. Una norma che complessivamente riduce sino a un terzo i tempi di implementazione della banda larga.

Per quanto riguarda gli oneri, invece, l'intervento normativo ha previsto la loro esclusione ove l'operatore della comunicazione utilizzi per la posa in opera della fibra nei cavidotti l'infrastruttura civili già esistenti di proprietà pubblica o in titolarità di concessioni pubbliche. Sotto tale profilo, giova rilevare che una inidoneità delle infrastrutture esistenti tale da richiedere interventi di sistemazione ed adeguamento pone problematiche dovute ad una lacuna normativa, in ordine alla individuazione del soggetto tenuto a sostenerne i relativi costi.

Ulteriori perplessità emergono con riferimento al cosiddetto “*pregiudizio arrecato*” derivante dalla compromissione del bene a seguito dell’uso dello stesso, a fronte del quale non sono stati codificati precisi criteri per la quantificazione della conseguente indennità.

Altro aspetto da non sottovalutare è la possibilità di derogare alla l. 69 del 2009 per quanto previsto dal codice della strada e dal regolamento d’attuazione relativamente alla profondità minima degli scavi favorendo lo sviluppo della banda larga attraverso la tecnica della minitrincea.

Tale tecnica di posa prevede uno scavo a terra limitato a circa 40 cm. di profondità che consente soluzioni di riempimento meno invasive rispetto al tradizionale scavo a cielo aperto, nonché lavorazioni più rapide e più economiche, riducendo dal 20 al 60 per cento i costi del singolo intervento.

La tecnica della mini trincea probabilmente oggi rappresenta la migliore soluzione tecnica possibile e pertanto non dovrebbe incontrare ostacoli pretestuosi legati magari al completo rifacimento del manto stradale.

In altre parole i vantaggi prodotti dalla banda larga sono tanti e tali per la cittadinanza che non giustificano assolutamente la richiesta di eventuali azioni compensative per il momentaneo disturbo arrecato alla collettività in sede di installazione delle reti.

I comuni e le province viceversa dovrebbero pretendere che presso il proprio territorio venga programmata una efficiente pianificazione della rete di comunicazioni elettroniche in banda larga da realizzarsi in un tempo assai ridotto anche perché è possibile considerare un amministratore serio e capace allorquando questi riesce a favorire lo sviluppo sul proprio territorio di una rete di servizi pubblici e privati sempre più efficiente, meno costosa, più celere, più puntuale. E la banda larga è in grado di estendere i propri effetti positivi trasversalmente ed indefettibilmente su ogni dinamica pubblica o privata che sia.

«.....GA.....»



PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI. PRESUPPOSTI PER LA LORO ADOZIONE

La potestà del sindaco di adottare, quale ufficiale del Governo, provvedimenti contingibili ed urgenti è strettamente finalizzata a prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; il potere di urgenza, infatti, può essere esercitato solamente per affrontare situazioni di carattere eccezionale ed impreviste, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico ed unicamente in presenza di un preventivo e puntuale accertamento della situazione, che deve fondarsi su prove concrete e non su mere presunzioni.

Ai fini della legittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente è necessario e sufficiente la sussistenza e l'attualità del pericolo, cioè il rischio concreto di un danno grave ed imminente per la salute, a nulla rilevando che la situazione di pericolo fosse nota da tempo.

L'intervento disposto con l'ordinanza sindacale non deve avere necessariamente il carattere della provvisorietà, giacché il suo connotato peculiare è l'adeguatezza della misura a far fronte alla situazione determinata dall'evento straordinario, il che non rende possibile la fissazione astratta di un rigido parametro di valutazione, imponendo invece la valutazione in concreto della soluzione adottata in ragione della natura del rischio da fronteggiare.

E' legittima l'ordinanza contingibile ed urgente con la quale il sindaco, al fine di eliminare il danno per la salute pubblica, ordina alla società concessionaria dell'autostrada l'installazione di pannelli fonoassorbenti e

una più efficiente asfaltatura del manto stradale, a fronte di un elevato livello di inquinamento acustico, rilevato dalla competente unità sanitaria locale, sulla base della zonizzazione effettuata dal comune ai sensi del d.P.C.M. 1.3.1991 e delle linee guida regionali.

Con la sentenza del 10.2.2010, n. 670, il Consiglio di Stato, Sez. V, si esprime a favore della legittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente con la quale il sindaco, precedentemente l'entrata in vigore della l. 26.10.1995, n. 447 – legge quadro sull'inquinamento acustico – ordinava alla società concessionaria dell'autostrada l'installazione di pannelli fonoassorbenti e l'asfaltatura di alcuni tratti del manto stradale mediante più efficienti composti, al fine di ridurre i livelli di rumorosità causati dal traffico veicolare.

Nel caso di specie sussisteva, infatti, un grave ed imminente pericolo per la salute pubblica, rappresentato dalla situazione di elevato inquinamento acustico, così come rilevato dalla competente unità sanitaria locale, dai cui rilievi emergeva chiaramente il superamento dei livelli stabiliti dalla zonizzazione effettuata dall'amministrazione comunale ai sensi del d.P.C.M. 1.3.1991 e in base alle linee guida regionali.

Tale situazione di fatto rendeva evidente la sussistenza di un'urgenza a provvedere e così giustificava l'adozione del provvedimento sopra richiamato, a nulla rilevando che la situazione di pericolo fosse nota da tempo, in quanto la sussistenza e l'attualità del pericolo è requisito necessario e sufficiente per l'adozione dell'ordinanza sindacale.

Il giudice amministrativo ha avuto inoltre cura di precisare, circa il fatto che il destinatario dell'ordinanza fosse stata la società conces-

sionaria e non il proprietario dell'autostrada, che è proprio nella natura dell'ordinanza contingibile ed urgente che siano destinatari di essa non solo e non tanto i titolari dei diritti sui beni oggetto del provvedimento, quanto coloro che si trovino nella migliore situazione per intervenire al fine di porre rimedio al pericolo rilevato (*Red. Gian Paolo Cortese*).

«..... GA.....»

L'ART. 10 BIS DELLA L. N. 241 DEL 1990. ANALOGIA TELEOLOGICA CON L'ART. 7 DELLA STESSA LEGGE E POTENZIAMENTO DEL CONTRADDITTORIO TRA PA E PRIVATI

L'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 è stato introdotto dalla l. n. 15 del 2005 al fine di consentire il contraddittorio tra privato ed amministrazione in un momento precedente l'adozione di un provvedimento negativo e allo scopo di consentire al privato un intercolloquio sulle ragioni che l'amministrazione ritiene ostative all'accoglimento dell'istanza. La norma si applica a tutti i procedimenti ad iniziativa di parte - ed il rinnovo del permesso di soggiorno si configura come uno di questi - ad eccezione di quelli espressamente esclusi ovvero procedure concorsuali e procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali¹.

La violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 - che costituisce vizio di legittimità del provvedimento - non comporta automaticamente l'annullamento dell'atto, se il giudice accerti, ai sensi dell'art. 21 octies, co. 2 della stessa legge, che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso; pertanto, in presenza di atti vincolati, la violazione dell'art. 10 bis della l. 241 del 1990 non è tale da comportare l'annullamento dell'atto, dovendo farsi applicazione della disposizione recata dal predetto art. 21 octies².

¹ Cfr. CdS, Sez. VI, 2.2.2009, n. 552

² Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 9.9.2009, n. 8425; CdS, Sez. V, 28.7.2008, n. 3707; CdS, Sez. VI, 8.2.2008, n. 415; TAR Sicilia, Sez. IV, 8.6.2009, n. 1065; TAR Campania, Sez. VI, 30.4.2009, n. 2225.

Così si è espressa la Sez. II *quater* del TAR Lazio, con sentenza del 30.3.2010, n. 5072, la quale offre lo spunto per analizzare l'istituto introdotto dall'art. 10 *bis* della sovracitata legge in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, derubricato "*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*". Tale articolo persegue finalità di potenziamento del contraddittorio tra PA e privati esercitando una funzione simile alla comunicazione d'avvio del procedimento prevista dall'art. 7 della stessa legge.

Entrambe le norme, infatti, prescrivono l'onere, a carico dell'amministrazione procedente, di effettuare una comunicazione predisposta a consentire a chi è soggetto all'azione amministrativa, l'intervento nel procedimento al fine di tutelare le proprie ragioni, in un quadro di confronto e trasparenza con l'azione dei pubblici uffici. Assodato perciò che l'art. 10 *bis* evidenzia la tendenza alla medesima finalità perseguita dalla comunicazione d'avvio del procedimento, occorre evidentemente estendere al preavviso di rigetto le medesime conclusioni alle quali la giurisprudenza è pervenuta nell'interpretazione dello stesso art. 7, presente già nel testo originario della l. n. 241 del 1990. Sembra opportuno sottolineare, a tale riguardo, che il prevalente orientamento giurisprudenziale ha chiarito che le norme in materia di partecipazione non vadano applicate meccanicamente e acriticamente, chiarendo, in modo particolare, che l'omissione della comunicazione d'avvio del procedimento non vizia il provvedimento finale nelle ipotesi in cui l'adempimento di tale formalità si riduca sostanzialmente a cosa superflua, avuto riguardo ai principi di strumentalità delle forme, raggiungimento dello scopo e conservazione degli atti.

Consolidata giurisprudenza ha precisato che l'omissione in parola non determina l'illegittimità del provvedimento conclusivo laddove l'interessato sia venuto comunque a conoscenza da altra fonte dell'avvio di un procedimento, avviato dalla PA, che lo riguardi, di modo che possa partecipare al procedimen-



to stesso³, ovvero si tratti di procedimento interamente vincolato, nel quale l'intervento del privato non potrebbe avere una concreta incidenza⁴; parte della giurisprudenza, ha addirittura imposto al privato l'obbligo di dimostrare in giudizio che la propria partecipazione, non avvenuta per l'omissione in parola, si sarebbe invero esplicata in un'attività rilevante e fruttuosa nel procedimento amministrativo (in tal senso v. CdS, Sez. IV, 1.10.2004, n. 6383). Tali indirizzi giurisprudenziali sono finalizzati a conciliare l'esigenza del privato di intervenire nel procedimento con il generale principio di celerità ed economicità dell'azione amministrativa sancito dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990: ed infatti non è opportuno annullare provvedimenti amministrativi per omesso rispetto delle garanzie di partecipazione al procedimento nel caso in cui la lesione di un interesse puramente formale non sia anche accompagnata da un pregiudizio in senso sostanziale. E ciò specialmente laddove l'eventuale annullamento lascerebbe intatta la facoltà di adottare comunque un provvedimento con lo stesso contenuto⁵. Tali giuste conclusioni sono state correttamente recepite dal legislatore della riforma con l'introduzione del nuovo art. 21 *octies* che, al co. 2, testualmente recita: “*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione

³ Cfr. TAR Liguria, Sez. I, 29.10.2002, n. 1065; CdS, Sez. IV, 31.5.2003, n. 3037; CdS, Sez. VI, 17.10.2003, n. 6342. Peraltro, secondo la giurisprudenza, la stessa comunicazione d'avvio ben può essere sostituita da atti ad effetti equivalenti, ancorché scervi di uno o più elementi richiesti dall'art. 8: sul punto si vedano CdS, Sez. V, 30.12.1998, n. 1968; CdS, Sez. V, 22.5.2001, n. 2823; TAR Puglia, Ba, Sez. I, 7.2.2003, n. 634; TAR Campania, Sa, Sez. II, 118.2003, n. 852.

⁴ Sul punto si vedano TAR Puglia, Ba, Sez. I, 15.1.2000, n. 102; TAR Piemonte, Sez. II, 2.3.2000, n. 223; CdS, Sez. IV, 24.6.2003, n. 3813; CdS, Sez. IV, 4.2.2004, n. 395.

⁵ Cfr. CdS, Sez. V, 22.5.2001, n. 2823; CdS, Sez. VI, 20.6.2003, n. 3684; CdS, Sez. IV, 15.11.2004, n. 7405.

dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Stante, quindi, la sostanziale coincidenza delle finalità cui tendono gli artt. 7 e 10 *bis* della legge sulla trasparenza amministrativa, l'omissione del preavviso di rigetto non può ragionevolmente incidere sulla validità del provvedimento amministrativo laddove tale difetto non integri una concreta lesione alle garanzie partecipative del privato. Ciò vale sicuramente laddove tale irregolarità si manifesti in atti vincolati, nei quali risulta palese che il contenuto finale del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, come recita l'art. 21 *octies*, co. 2, prima parte. Ma appare ragionevole sostenere che debba essere concessa all'amministrazione in via generale, quindi anche nei procedimenti caratterizzati da valutazioni discrezionali, la facoltà di dimostrare in giudizio che l'eventuale omissione del preavviso di rigetto non abbia inciso sul contenuto finale del provvedimento. Ciò va ammesso, se non in forza di una (legittima, attesa la già citata comunanza di *ratio*) interpretazione estensiva dell'ultima parte dell'art. 21 *octies*, che letteralmente si applicherebbe alla sola omissione della comunicazione d'avvio, quantomeno in applicazione ai summenzionati principi di conservazione degli atti, strumentalità delle forme, raggiungimento dello scopo, ed economicità amministrativa, corollari del più generale principio di buon andamento della PA, sancito dall'art. 97 cost.. Inoltre, a norma dell'art. 10 *bis*, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento del preavviso di rigetto, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti, e “*dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale*”. Non sfugge che le osservazioni in parola esercitano la stessa funzione delle memorie scritte disciplinate dall'art. 10, lett. b) della l. n. 241 del 1990, e che in entrambi i casi l'amministrazione sembrerebbe tenuta, nell'eventualità del mancato accoglimento delle osservazioni di parte, ad una puntuale controdeduzione in merito alle rimostranze del privato in sede di motivazio-

ne del provvedimento finale. In realtà la giurisprudenza ha puntualizzato che non sussiste in capo all'amministrazione procedente l'obbligo di una puntuale confutazione delle deduzioni espresse nella memoria del privato ex art. 10, né in sede procedimentale né nella motivazione del provvedimento terminale, dovendosi ritenere sufficiente la completezza motivazionale dell'atto finale in sé considerato, allorché da esso possano agevolmente ed univocamente desumersi le ragioni giuridiche ed i presupposti di fatto posti alla base di una decisione che disattende quanto sostenuto in modo contrario dall'interessato intervenuto nel procedimento.

Anche tale conclusione ben può estendersi all'art. 10 bis. Devono essere riconosciute, in definitiva, le potenzialità di un contraddittorio tra PA e privati in sede procedimentale, tuttavia vada ad esso attribuito il giusto valore, in un'ottica di equo bilanciamento tra le opposte esigenze di celerità dell'azione amministrativa e partecipazione del privato. In particolare rileva la necessità di interpretare in modo restrittivo e rigoroso l'art. 10 bis, con tutte le limitazioni descritte.

La norma costituisce, dunque, un tentativo legislativo di potenziamento della partecipazione nei procedimenti attivati ad istanza di parte, e mira a ribaltare il principio naturale per cui chi impegna la PA nel tentativo di ottenere un beneficio ha l'onere di accertare, già all'atto della proposizione dell'istanza, di essere in possesso dei requisiti necessari per ottenere il provvedimento ambito, senza intralciare inutilmente l'attività degli uffici pubblici (Red. Diana Crudo).

«..... GA.....»

APPLICABILITA' DEL PRINCIPIO DI PARI OPPORTUNITA' DI CUI ALL'ART. 54 COST. AL PROVVEDIMENTO DI NOMINA DEI MEMBRI DEGLI ORGANI SOCIETARI DI UNA SOCIETA' "IN HOUSE" DEL COMUNE

La nomina da parte del comune dei membri degli organismi societari di una società "in house", ossia di una società interamente partecipata dal comune stesso, la cui attività sia realizzata prevalentemente in favore

dell'azionista pubblico e che sia sottoposta al controllo sia strutturale che funzionale dell'amministrazione comunale (controllo analogo), rientra nel potere discrezionale del sindaco di provvedere alla nomina dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni ex art. 50, co. 8 del d. lgs. n. 267 del 2000, e non nella facoltà di nomina degli organismi societari riconosciuta al socio pubblico dallo Statuto societario ai sensi dell'art. 2449 cod. civ., in quanto, il potere attribuito al sindaco ex art. 50 cit., sussiste innanzitutto nelle ipotesi di rapporto di "strumentalità" e "subordinazione" esistente tra il comune e l'ente, come quello che si realizza in caso di "in house providing"; pertanto, la giurisdizione sulla legittimità dell'esercizio del potere di nomina degli organismi societari di una società in house da parte dell'ente pubblico azionista unico spetta al GA.

Ai consiglieri comunali e provinciali è riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio non solo nel caso in cui vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all'ufficio, ma anche nei casi in cui venga contestata la legittimità dell'azione degli organi politici dell'ente di appartenenza; ciascun consigliere, infatti, conserva uno specifico interesse personale ad impedire con ogni mezzo consentito dall'ordinamento che l'organo politico di riferimento istituzionale agisca in violazione di legge, e tale interesse è strettamente connesso a quello, tradizionalmente attribuito ai consiglieri, alla conservazione dell'ufficio, in quanto ai sensi dell'art. 141 del d. lgs. n. 267 del 2000 la grave e persistente violazione di legge può essere causa di scioglimento del consiglio stesso.

Il comune, rientrando, insieme alle province, alle città metropolitane, alle regioni e allo Stato, nella nozione costituzionale di "Repubblica" (artt. 114, 51 cost.) è tenuto alla applicazione del principio di pari opportunità, ora costituzionalizzato dall'art. 51 cost.; tale principio dovrà essere tradotto dagli organi comunali mediante specifici provvedimenti amministrativi, in quanto, ai sensi della predetta norma, l'attività promozionale del principio di pari opportunità deve essere posta in essere dai soggetti della Repubblica con qualsiasi strumento, sia esso legislativo o



meramente amministrativo come in primo luogo gli atti di nomina relativi ai “pubblici uffici”; pertanto, il principio in questione dovrà trovare applicazione anche in relazione alle nomine concernenti gli enti strumentali del comune ad esso subordinati, come le “società in house”, in quanto la locuzione “pubblici uffici” si riferisce a tutti i soggetti dell’ordinamento che a prescindere dalla veste formale sono assimilabili per funzioni esercitate, interessi perseguiti e modalità di controllo decisionale, ad una pubblica amministrazione in senso sostanziale.

Il caso che ha dato luogo alla sentenza in esame (TAR Puglia, Le, Sez. I, 24.2.2010, n. 622) concerne la nomina da parte di un comune di alcuni membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale di una società “in house” del comune stesso, di cui veniva contestata la legittimità da parte di due consiglieri comunali per presunta violazione del principio di pari opportunità ex art. 51 cost., in quanto tra i soggetti nominati non vi era nessuna candidata di sesso femminile.

Il TAR pugliese, affronta, in primo luogo, la questione della giurisdizione, chiarendo che nell’attività di nomina dei membri degli organi di una società *in house*, interamente partecipata dal comune, e quindi ente “strumentale” dello stesso, quest’ultimo non agisce in qualità di socio, esercitando i relativi poteri riconosciutigli dallo statuto societario ai sensi dell’art. 2449 c.c., ma agisce in veste autoritativa, esercitando il potere discrezionale riconosciuto al sindaco dall’art. 50, co. 8 T.U.E.L.; ne consegue che, trattandosi di esercizio del potere pubblicistico della amministrazione, la giurisdizione non può che spettare al giudice amministrativo.

In secondo luogo la decisione in esame afferma la sussistenza della legittimazione ad agire per far valere l’illegittimità della nomina da parte dei consiglieri comunali, in quanto titolari di uno specifico interesse ad evitare che gli organi comunali agiscano in violazione di legge, nonché dell’interesse alla conservazione dell’ufficio, suscettibile di essere compromesso da gravi e persistenti violazioni di legge, rientrando queste tra le cause di scioglimento del consiglio ex art. 141 T.U.E.L..

Da ultimo il TAR Lecce esamina la questione di merito circa la applicabilità all’atto amministrativo di nomina dei membri degli organi societari di una società in house, del principio costituzionale di pari opportunità di cui all’art. 51 cost., propendendo per la tesi positiva. A sostegno di tale assunto i giudici pugliesi affermano che: il termine “Repubblica” utilizzato dalla predetta norma. comprende necessariamente anche il comune, in quanto ai sensi dell’art. 114 cost., anche l’ente comunale costituisce la nozione costituzionale di Repubblica; il termine “pubblici uffici” comprende sicuramente le società “in house”, in quanto tale locuzione si riferisce a tutti i soggetti dell’ordinamento che a prescindere dalla veste formale sono assimilabili per funzioni esercitate, interessi perseguiti e modalità di controllo decisionale, ad una pubblica amministrazione in senso sostanziale; l’attività promozionale del principio di pari opportunità che deve essere svolta dalla “Repubblica” sempre ai sensi dell’art. 51 cost., si può esplicare anche mediante atti amministrativi, come è quello di nomina in questione, e non solo quindi mediante provvedimenti legislativi (Red. Andrea Serafini).

«..... GA.....»

POTERE DEL SINDACO DI ADOTTARE ANCHE ORDINANZE NON CONTINGIBILI ED URGENTI. MODIFICHE ALL’ART. 54, CO. 4, T.U.E.L.. QUESTIONE DI LEGITTIMITA’ COSTITUZIONALE

Il potere di ordinanza del sindaco ai sensi dell’art. 54, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000, come modificato dal d.l. n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, in l. n. 125 del 2008 si deve fondare sui requisiti della contingibilità ed urgenza che costituiscono il presupposto, la condizione e il limite per consentire di derogare, nel rispetto dei soli principi generali dell’ordinamento, alla disciplina vigente nei vari settori di intervento, e per legittimare l’assunzione delle competenze in capo ad un organo monocratico, in luogo di quello ordinariamente deputato; pertanto, le norme che prevedono il potere di ordinanza devono mantenere indefettibilmente il conte-

nuto provvedimento dell'atto, l'obbligo di motivazione e l'efficacia limitata nel tempo delle ordinanze.

L'art. 54, co. 4, d. lgs. n. 267 del 2000, come modificato dal d.l. n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, in l. n. 125 del 2008, con l'inserimento della congiunzione "anche" prima delle parole "contingibili ed urgenti", ha attribuito al Sindaco, accanto al tradizionale potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti in caso di pericolo grave per incolumità pubblica, anche la possibilità di emanare ordinanze anche non contingibili ed urgenti, prevedendo, in tal modo, in capo allo stesso un potere vasto ed indeterminato, privo di elementi idonei a delimitarne la discrezionalità; pertanto, in relazione agli artt. 2,3,5,6,8,13,16,17,18,21,23,24,41,49,70,76,77,97,113,117 e 118 cost., va sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54, co. 4 T.U.E.L..

La fattispecie da cui trae origine l'ordinanza del TAR Veneto, Sez. III, 22.3.2010, n. 40, riguarda un'ordinanza adottata dal Sindaco di un comune, ai sensi dell'art. 54 T.U.E.L., con la quale si vietava l'accattonaggio, consistente nella richiesta di denaro, in tutto il territorio comunale (salvo che nelle aree agricole), in qualsiasi forma, senza alcuna delimitazione all'accattonaggio molesto o invasivo o con lo sfruttamento di minori. Avverso tale ordinanza proponeva ricorso l'Associazione Onlus, la quale lamentava la mancanza del presupposto di un grave pericolo minacciante l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, nonché la carenza dei requisiti della contingibilità ed urgenza, necessari per l'emanazione delle ordinanze *de quibus*; sotto altro profilo, censuravano l'art. 54, co. 4 cit., come modificato dal d. l. 23.5.2008, n. 92, convertito, con modificazioni, in l. 24.7.2008, n. 125, in quanto si trattava di un'ordinanza a contenuto normativo ad efficacia a tempo indeterminato che esorbitava dai limiti propri delle ordinanze contingibili ed urgenti. Il TAR Veneto, con la decisione in commento, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 cit., nella parte in cui ha inserito la congiunzione "anche", prima delle parole "contingibili ed urgenti" attribuendo, in tal modo, al

sindaco, quale Ufficiale di Governo, un potere normativo vasto ed indeterminato, che viola i limiti costituzionali di legalità, tipicità e discrezionalità previsti dagli artt. 23, 97, 70, 76, 77 e 117 cost. Tra l'altro la congiunzione "anche" comporta che tali provvedimenti possano prescindere dall'accertamento di situazioni specifiche e localizzate, per assumere efficacia a tempo indeterminato su tutto il territorio comunale, e ciò gli attribuisce una valenza normativa, che per sua natura prescinde dalla necessità di motivazione (art. 3, co. 2, l. n. 241 del 1990).

Ad avviso del giudice amministrativo, la norma unificando le fattispecie delle ordinanze sia contingibili ed urgenti che non, detta una disciplina univoca, sottoponendo, quindi, anche i provvedimenti urgenti – adottati dalla necessità di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini – ad una tipicità che per loro natura non è compatibile con la duttilità propria di un provvedimento necessario a corrispondere nel modo più opportuno a situazioni non fronteggiabili con gli strumenti ordinari (*Red. Valeria Coppola*).

POTERI DEI SINDACI IN MATERIA DI ORDINANZE A SEGUITO DEL DECRETO MARONI

L'art. 50, co. 5 del d. lgs. n. 267 del 2000 non è stato inciso dalla riforma dei poteri sindacali operata con il d.l. n. 125 del 2008 ed il successivo d.m. di attuazione del 5.8.2008; pertanto, il potere previsto dalla suddetta norma mantiene, quindi, intatti i suoi originali connotati di intervento extra ordinem, che rimane giustificato solo da circostanze imprevedibili che sono all'origine di vere e proprie emergenze igienico sanitarie non fronteggiabili con i normali mezzi ordinari (Cfr. CdS, V, 16.2.2010 n. 868).

Il disposto del d.m. del 5.8.2008 collega la difesa della sicurezza pubblica al rispetto di norme (preesistenti) che regolano la vita civile, con la conseguenza che il potere sindacale di ordinanza ex art. 54 T.U.E.L., al di fuori dei casi in cui assuma carattere contingibile ed urgente, non può avere una valenza "creativa" ma deve limitarsi a prefigurare misure che assicurino il rispetto di norme ordinarie volte a tutelare l'ordinata convivenza civile,



tutte le volte in cui dalla loro violazione possano derivare gravi pericoli per la sicurezza pubblica; pertanto, venendo in gioco interessi che esulano dalle normali competenze di polizia amministrativa locale – laddove rilevino circostanze che costituiscono le premesse per l'insorgere di fenomeni di criminalità suscettibili di minare la sicurezza pubblica – il sindaco, in qualità di ufficiale di governo, assume il ruolo di garante della sicurezza pubblica e può provvedere, sotto il controllo prefettizio ed in conformità delle direttive del ministero dell'interno, alle misure necessarie a prevenire o eliminare i gravi pericoli che la minacciano.

Il TAR Lombardia, Mi, Sez. III, con la decisione del 6.4.2010, n. 981, ha accolto il ricorso proposto dai cittadini di un comune – nella specie appartenenti ad etnie di nomadi – avverso l'ordinanza con cui il Sindaco gli aveva ordinato di allontanarsi dall'area in cui gli stessi stazionavano con le loro *roulottes*, con contestuale ordine di sgombero di ogni persona appartenente al proprio nucleo familiare e di rimozione dall'area interessata dei veicoli, dei beni di proprietà e di qualsiasi altra cosa depositata o in sosta.

Il giudice amministrativo ritiene, infatti, che non sussiste la situazione contingente di emergenza sanitaria prevista dagli artt. 50, co. 5, e 54 T.U.E.L., in quanto la comunità risiedeva già nell'area in oggetto da molti decenni. Inoltre, è mancato un effettivo accertamento del pericolo sanitario compiuto da organi a tal fine competenti.

Dalla sentenza in epigrafe si legge, infatti, che, *“in assenza di un'accertata, documentata ed effettiva situazione di emergenza sanitaria, la sola sussistenza di una situazione di precarietà igienica dei luoghi ove risiedono i ricorrenti deve essere fronteggiata con i mezzi ordinari facendo valere le norme previste dal locale regolamento di igiene, non potendosi ricorrere al potere extra ordinem previsto dalla norma citata”*.

A detta del TAR, il comune, con l'ordinanza gravata, avrebbe operato una palese discriminazione a danno dei ricorrenti in ragione della loro etnia.

Sotto altro profilo, la sentenza si sofferma sulla riforma ad opera del d.l. n. 92 del 2008 convertito in l. n. 125 del 2008 che ha esteso l'ambito di applicazione del potere di ordinanza del sindaco anche alla *“sicurezza urbana”*, oltre alla possibilità di emanare anche provvedimenti atipici al fine di eliminare gravi pericoli che minaccino tale bene, pur in assenza dei fondamentali presupposti della contingibilità ed urgenza.

La nuova portata dei poteri sindacali è stata meglio definita dal decreto del ministero dell'interno del 2008, il quale definisce la *“sicurezza urbana”* come un bene pubblico da tutelare in ambito locale. La sentenza sottolinea come l'orientamento giurisprudenziale è ancora incerto sull'effettivo ambito di operatività dei nuovi poteri di ordinanza conferiti al sindaco, essendo ancora non chiaro se la materia della *“sicurezza urbana”* coincida o meno con quella della *“sicurezza pubblica”* (che si sostanzia nella prevenzione dei fenomeni criminosi che minacciano i beni fondamentali dei cittadini), oppure se debba essere considerata come un fenomeno più ampio, così come, del resto, è incerta la legittimità della nuova forma delle ordinanze *“libere”*, ossia svincolate dai requisiti della contingibilità ed urgenza, suscettibili di comprimere i diritti di libertà dei cittadini senza una esatta predeterminazione dei presupposti per la loro emanazione.

Il Collegio conclude ritenendo che l'interpretazione della nuova disciplina delle ordinanze in commento – a seguito delle novità introdotte dalla riforma – debba essere compiuta in rigorosa aderenza alla carta costituzionale (Red. Alessandra Giannotti).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

DEFINITA, PER ORA, LA RIDUZIONE DELLE "POLTRONE"

del Dott. Adriano Marini

Con la l. 26.3.2010, n. 42 è stata completata la manovra, comunemente definita taglia-poltrone, tesa alla riduzione dei costi della politica negli enti locali

Con la l. 26.3.2010, n. 42 (pubblicata sulla GU n. 72 del 27.3.2010) è stato convertito, con modificazioni, il d.l. n. 2 del 25.01.2010 "recante interventi urgenti concernenti enti locali e regioni", definendo così, tra l'altro, la manovra tesa alla riduzione dei costi della politica negli enti locali.

L'iter della norma, sempre travagliato quando trattasi di riduzione di "poltrone", ha registrato, nel giro di soli tre mesi (dal 23.12.2009 al 26.3.2010) ben quattro interventi legislativi; ognuno con disposizioni diverse dal precedente e con molte norme immediatamente in vigore. Il primo passo è stato effettuato con la finanziaria 2010 (l.n. 191/2009, artt. dal 183 al 188), subito modificata con il d.l. n. 2/2010 (artt. 1, 2 e 3); è quindi intervenuto un emendamento al decreto mille proroghe (d.l. n. 194/2009), che ha riprodotto integralmente quanto già contenuto nel d.l. n. 2/2010, ponendosi come strumento alternativo, da utilizzare nel caso di difficoltà in sede di conversione del d.l. n. 2/2010, o da far decadere, se non più necessario. La conversione in legge del decreto n. 2/2010 ha, finalmente sancito la disciplina da applicare, almeno per ora.

Tale disciplina potrebbe, infatti, non essere ancora quella definitiva. Va tenuto presente, al riguardo, che tutto il pacchetto normativo non è altro che un'anticipazione della disciplina contenuta nella "Carta delle Autonomie" (atto Camera n. 3118 del 13.01.2010) e, quindi, soggetta ad eventuali ulteriori modifiche in sede di approvazione di tale atto, che dovrà costituire una complessiva ed organica

revisione del T.U.E.L..

In un precedente articolo (pubblicato sulla Gazzetta Amministrativa n. 1/2010 "Riduzione organi degli enti locali") sono stati esaminati gli interventi effettuati con la finanziaria e con il d.l.n. 2/2010. L'attenzione è ora posta sul quadro risultante a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione del d.l..

Riduzione contributo ordinario.

Tutta la manovra è condensata in una riduzione, graduale, dei trasferimenti statali agli enti locali, che viene compensata da una riduzione di spesa a carico degli stessi enti conseguente allo snellimento dei propri organismi. Il contributo ordinario base spettante agli enti locali è stato infatti ridotto, ai sensi del co. 183 della finanziaria 2010 (l.191/2009), 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).

Nel testo della finanziaria la riduzione dei trasferimenti non interessava tutti i comuni e le province, ma, per ciascuno degli anni considerati, soltanto gli enti sottoposti a rinnovo dei rispettivi consigli. I tagli venivano così graduati, applicandosi alle sole amministrazioni interessate ai rinnovi ed in proporzione alla popolazione residente.

Con le novità introdotte con il d.l. n. 2/2010 e la l. di conversione (n. 42/2010), l'entità dei tagli non viene modificata, ma viene imposta una differente distribuzione



degli stessi per l'anno 2010. A causa del rinvio della riduzione dei consiglieri, dall'anno 2010 all'anno 2011, la correlata riduzione dei trasferimenti statali non può più gravare solo sugli enti che rinnovano i consigli nel 2010, in quanto ormai privi di strumenti per far fronte al taglio 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.

Rimane invece sostanzialmente invariato il meccanismo per gli anni successivi, ove il taglio dei contributi graverà solo sugli enti per i quali è previsto il rinnovo dei consigli, in proporzione alla popolazione residente; enti nei quali saranno operative le soppressioni degli organi correlate alla riduzione dei contributi ordinari.

Si esamina ora il quadro complessivo degli interventi che operano graduali riduzioni nell'assetto degli enti locali, per compensare le riduzioni dei trasferimenti erariali, come definito, a seguito dell'entrata in vigore della legge di conversione.

Riduzione consiglieri comunali e provinciali.

A partire dall'anno 2011, il numero dei consiglieri comunali e provinciali è ridotto del 20 per cento, con arrotondamento all'unità superiore (a differenza di prima, quando veniva operato un arrotondamento aritmetico). Il calcolo per tale riduzione deve essere effettuato senza computare il sindaco e il presidente della provincia. La riduzione così determinata si applica agli enti che, a partire da tale anno, dovranno procedere al primo rinnovo del proprio consiglio.

La riduzione dei componenti dei consigli provinciali dal 2011 impone una propedeutica revisione dei collegi elettorali, in quanto il numero dei consiglieri provinciali è definito sulla base del numero dei collegi in cui è suddivisa ciascuna provincia. A tal fine l'art. 2 del d.l. n. 2/2010, come modificato dalla legge di conversione n. 42/2010, ha previsto una procedura di ridefinizione delle tabelle delle

circoscrizioni dei collegi, da adeguare al ridotto numero dei consiglieri, nonché un meccanismo operante anche nel caso di mancata ridefinizione delle tabelle medesime.

Di seguito sono riportati prospetti che evidenziano le riduzioni apportate agli enti secondo la suddivisione per fasce:

Comuni

Suddivisione dei Comuni sulla base della consistenza demografica	Componenti del Consiglio escluso il Sindaco	
	ante finanziaria 2010	a regime
Fino a 3.000	12	9
Superiore a 3.000	16	12
Superiore a 10.000	20	16
Superiore a 30.000	30	24
Superiore a 100.000 o capoluoghi di provincia	40	32
Superiore a 250.000	46	36
Superiore a 500.000	50	40
Superiore a 1.000.000	60	48

Province

Suddivisione delle Province sulla base della consistenza demografica	Componenti del Consiglio escluso il Presidente	
	ante finanziaria 2010	a regime
Fino a 300.000	24	19
Superiore a 300.000	30	24
Superiore a 700.000	36	28
Superiore a 1.400.000	45	36

Riduzione assessori comunali e provinciali.

Il numero massimo degli assessori comunali e provinciali è determinato in misura pari rispettivamente a un quarto del numero dei

consiglieri comunali e ad un quarto del numero dei consiglieri provinciali, con arrotondamento, in entrambi i casi, all'unità superiore. Si ricorda che, a differenza di quanto previsto per la composizione dei consigli, per le giunte, sia comunali che provinciali, la legge si limita a fissare il tetto massimo dei componenti, lasciando poi ai singoli statuti la possibilità di definire il numero dei componenti, entro il citato limite massimo.

Anche per gli assessori la riduzione opera solo per gli enti che sono chiamati al rinnovo dei propri consigli, ma, a differenza della riduzione del numero dei consiglieri che interviene a decorrere solo dall'anno 2011, la prima riduzione dei componenti di giunta opera già a partire dall'anno in corso, ovviamente per gli enti che abbiano rinnovato ora i propri consigli.

Tale riduzione non è ancora, però, la riduzione completa prevista dalla norma, che interverrà soltanto con il successivo rinnovo del consiglio. Per gli enti chiamati al voto nel 2010, infatti, mentre non si opera alcuna riduzione dei componenti del consiglio (riduzione che sarà apportata solo dal 2011), si opera una riduzione di assessori, ma tale riduzione risulta ancora parziale, essendo calcolata in percentuale sul numero dei consiglieri attuali, che non ha subito variazioni. Anzi in qualche caso il calcolo non porta ad alcuna variazione, come per i comuni non superiori a 3.000 abitanti ove il limite massimo di assessori risulta sempre 4.

Nei successivi rinnovi, invece, operando la percentuale di riduzione su un numero inferiore di consiglieri, si otterrà la riduzione prevista a regime dalla norma.

Di seguito sono riportati prospetti che evidenziano le riduzioni apportate agli enti secondo la suddivisione per fasce:

Comuni

Suddivisione dei Comuni sulla base della consistenza demografica	Numero massimo componenti della Giunta escluso il Sindaco	
	ante finanziaria 2010	a regime
Fino a 3.000	4	3
Superiore a 3.000	6	4

Superiore 10.000	a	7	5
Superiore 30.000	a	10	7
Superiore 100.000 o capoluoghi di provincia	a	12	9
Superiore 250.000	a	12	10
Superiore 500.000	a	12	11
Superiore 1.000.000	a	12	13

Province

Suddivisione delle Province sulla base della consistenza demografica	Numero massimo componenti della Giunta escluso il Presidente	
	ante finanziaria 2010	a regime
Fino a 300.000	8	5
Superiore 300.000	a 10	7
Superiore 700.000	a 12	8
Superiore 1.400.000	a 12	10

Soppressione della figura del difensore civico.

Rispetto alla soppressione integrale della figura, prevista dalla finanziaria, è salvaguardato il difensore civico provinciale. E' confermata, infatti, la soppressione della figura del difensore civico comunale (prevista dall'art. 11 del d. lgs. 267/2000), ma non di quello provinciale; le funzioni del difensore civico comunale possono essere attribuite, mediante apposite convenzioni, al difensore civico provinciale, che, in tal caso, assume la denominazione di "difensore civico territoriale" ed è competente a garantire l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze e i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini. La norma non si applica agli incarichi in essere alla data di entrata in vigore della legge di conversione (n. 2/2010),



ma a decorrere dalla scadenza degli incarichi medesimi.

La disciplina del difensore civico, definita dalla legge di conversione, riprende integralmente, anticipandola, la disposizione già contenuta nello schema della “*Carta delle Autonomie*” all’esame del Parlamento (atto Camera n. 3118/2010).

Soppressione delle circoscrizioni di decentramento comunale.

Anche le circoscrizioni di decentramento comunale (previste dall’art. 17 del d. lgs. n. 267/2000), soppresse integralmente secondo le disposizioni della finanziaria, sono mantenute in vita solo per i comuni di maggiore dimensione. E’ confermata la soppressione delle circoscrizioni per i comuni con popolazione inferiore a 250.000 abitanti, mentre per i comuni superiori a tale limite l’istituzione delle circoscrizioni è facoltativa, con il limite di popolazione media di 30.000 per ciascuna circoscrizione. Il limite di 250.000 abitanti corrisponde a quanto contenuto nello schema della “*Carta delle Autonomie*” all’esame del Parlamento.

La legge di conversione n. 42/2010 recupera anche la disposizione contenuta nel co. 5 dell’art. 17 del d. lgs. n. 267/2000, che consente l’introduzione di particolari e più accentuate forme di decentramento per i comuni con popolazione superiore a 300.000 abitanti.

Possibilità di delega del sindaco a consiglieri nei comuni minori.

Resta invariata la misura innovativa, prevista in finanziaria, 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.

La disposizione riprende integralmente la norma già contenuta nello schema della “*Carta delle Autonomie*”.

Soppressione della figura del direttore generale.

Rispetto alla soppressione integrale della figura, prevista dalla finanziaria, è salvaguardato il direttore generale negli enti di maggio-

re dimensione. E’ confermata, infatti, la soppressione della figura del direttore generale (prevista dall’art. 108 del d. lgs. 267/2000), ma solo per i comuni con popolazione inferiore a 100.000 abitanti, mentre per i comuni superiori a tale limite è reintrodotta la facoltà di nominare un direttore generale. La norma non si applica agli incarichi in essere alla data di entrata in vigore della legge di conversione (n. 42/2010), ma a decorrere dalla scadenza degli incarichi medesimi.

Anche nello schema della “*Carta delle Autonomie*” la figura del direttore generale è prevista come facoltativa solo nei comuni di maggiore dimensione, ma in quel testo il limite risulta fissato a 65.000 abitanti e non a 100.000, come previsto ora dalla legge.

Soppressione dei consorzi di funzioni.

E’ confermata la soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali, ma sono esclusi dalla soppressione i bacini imbriferi montani (BIM) costituiti ai sensi della l. n. 959/1953. Sono fatti salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti, con assunzione da parte dei comuni delle funzioni già esercitate dai consorzi soppressi e delle relative risorse e con successione dei comuni ai medesimi consorzi in tutti i rapporti giuridici. La soppressione riguarda, comunque, i soli consorzi di funzioni, ma non quelli costituiti per l’erogazione di servizi. Il tenore della norma corrisponde, in sostanza, a quanto contenuto nello schema della “*Carta delle Autonomie*”.

Soppressione delle Autorità d’ambito territoriale.

E’ quindi inserito, *ex novo*, un ulteriore comma all’art. 2 della finanziaria 2010 (186-bis), che impone, a decorrere dal 1.1.2011, la soppressione delle Autorità d’ambito territoriale, previste per la gestione del servizio idrico integrato e per la gestione integrata dei rifiuti dagli artt. 148 e 201 del codice dell’ambiente (d. lgs. n. 152/2006). Entro lo stesso termine, le regioni dovranno provvedere ad attribuire le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Decorso il termine assegnato, le Autorità non potranno comunque più operare e ogni atto e-

ventualmente compiuto è da considerarsi nullo, *ex lege*.

Cessazione finanziamento statale alle comunità montane.

E' confermata anche la misura di immediata applicazione, contenuta nel co. 187 della finanziaria 2010, secondo la quale, a decorrere dall'anno 2010, lo Stato cessa di concorrere al finanziamento di tutte le comunità montane, lasciando così l'onere a carico delle regioni. La legge di conversione dispone inoltre che, nelle more dell'attuazione della l.n. 42/2009 (legge-delega sul federalismo fiscale), il 30 per cento delle risorse in precedenza destinate alle comunità montane sia assegnato direttamente ai comuni appartenenti alle comunità montane, e non più solo ai comuni montani, come, invece, era previsto nel testo della finanziaria.

Altra modifica introdotta è quella relativa all'abrogazione del terzo periodo del citato co. 187. Tale periodo precisava che per comuni montani erano da intendere quelli in cui almeno il 75% del territorio risultava situato al di sopra dei 600 metri sul livello del mare. L'abrogazione di tale norma si è imposta per non incorrere nelle censure della C. cost. nei confronti del parametro utilizzato. Infatti, proprio in una recente sentenza (n. 27/2010 depositata il 28.1.2010), la Corte ha dichiarato incostituzionale 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, non tenendo 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.

Destinazione delle riduzioni di spesa.

Rimane inalterata la disposizione del co. 188 (art. 2 della l. finanziaria 2010), secondo la quale le riduzioni di spesa ottenute non rimangono nelle disponibilità del fondo per gli enti locali, ma confluiscono 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.

Trattamento economico dei consiglieri regionali.

Nell'ottica del più generale principio di contenimento della spesa pubblica e di perequazione nelle retribuzioni degli eletti, la l. n. 42/2010 conferma la misura, introdotta dall'art. 3 del d.l. n. 2/2010, che ha fissato un tetto massimo al trattamento economico dei consiglieri regionali, non potendo 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 nelle quali si sono rinnovati i consigli. La legge di conversione chiarisce, opportunamente, che la misura si applica solo in senso riduttivo, nel caso di superamento del tetto massimo. L'applicazione della norma non può, infatti, essere intesa come misura perequativa di adeguamento per trattamenti economici che risultassero inferiori, non potendo comportare, l'applicazione della norma stessa, nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

«.....GA.....»

AMMISSIBILE L'INTEGRAZIONE POSTUMA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO IMPUGNATO QUALORA LE RAGIONI DELL'ATTO STESSO SIANO, IN MANIERA CHIARA ED INEQUIVOCA, INTUIBILI SULLA BASE DEL DISPOSITIVO DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO

dell'Avv. Maria Cristina Colacino

La VI sezione del Consiglio di Stato ha affermato che, se è vero che il divieto di motivazione postuma debba, senza dubbio, essere confermato, poiché l'obbligo di motivazione rappresenta la tutela primaria del diritto di difesa, tuttavia, non si può ritenere che la PA incorra nel difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato

Con sentenza n. 1241 del 26.1-3.3.2010, la Sesta sezione del Consiglio di Stato ha affrontato il problema dell'ammissibilità, nel corso del processo amministrativo, della motivazione postuma di un provvedimento impugnato. Il caso concreto, specificamente, riguarda la legittimità del decreto del ministero delle politiche agricole che approva solo in parte le spese per realizzare un progetto ammesso al finanziamento ai sensi del regolamento Cee 2080/1993 e, di conseguenza, obbliga la società beneficiaria a restituire le maggiori somme già corrisposte. La società impugnava al TAR Lazio il decreto de quo per violazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per difetto di motivazione poiché nel suddetto decreto "non sarebbero indicate le ragioni della disposta restituzione né il criterio con il quale sono state determinate le somme da restituire". Durante il processo la PA depositava una relazione ministeriale che veniva impugnata con motivi aggiunti. Il TAR Lazio rigettava il ricorso e la società beneficiaria proponeva appello.

Con il primo motivo del gravame la società ripropone il difetto di motivazione già proposto in primo grado e rigettato dal TAR Lazio sulla scorta che la relazione ministeriale depositata nel corso del processo costituiva un "accadimento processuale idoneo a sostenere l'atto impugnato".

Secondo i giudici di Palazzo Spada la nota ministeriale suddetta racchiude una vera e

propria motivazione postuma, ma ciò non rileva, nel caso concreto, a determinare l'illegittimità dell'atto originario impugnato.

Il CdS, arriva a tale assunto ciò sulla scorta di una recente giurisprudenza che merita di essere richiamata.

Esplicitamente i giudici della sesta sezione fanno propria una recente pronuncia della quinta sezione (n. 5271/2007) la quale afferma che "sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato". D'altra parte, la legislazione più recente in tema di processo amministrativo si va decisamente orientando per l'abbandono di impostazioni formalistiche in favore di soluzioni che consentano al giudice di conoscere del merito della controversia, quando ciò sia possibile senza elidere le garanzie difensive. Ne costituisce esempio la modificazione del procedimento di cui all'art. 21 bis della l. n. 1034 del 1971 ad opera dell'art. 3, co. 6 bis d.l. 14.3.2005 n. 35, conv. con modificazioni dalla l. 14.5.2005, n. 80, che, a proposito del procedimento contro il silenzio, ha disposto: "Il g.a. può conoscere della fondatezza del-

l'istanza". Ma nella stessa direzione si colloca la diversa novella introdotta, nell'intento, anche in questo caso, di favorire la deflazione del contenzioso, dall'art. 14 l. n. 15 del 2005, che ha aggiunto l'art. 21 octies all'originario testo della l. n. 241/1990. E se è innegabile che il primo periodo del co. 2 di questa disposizione contempli il caso che "per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", è anche vero che il successivo periodo ammette la possibilità che "l'amministrazione dimostri in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", con implicito riferimento ad atti, almeno astrattamente, diversi da quelli vincolati, e quindi, discrezionali. Si tratta, è vero, di innovazione della quale la giurisprudenza non ha ancora approfondito la portata, ma dalla quale sarebbe arduo non far derivare un'attenuazione del divieto di motivazione postuma".

Per comprendere la portata di simili pronunce, appare interessante, per chi scrive, soffermarsi ad analizzare l'art. 21 octies, il quale al co. 1, codifica i vizi di legittimità del provvedimento amministrativo per la prima volta in una disposizione di carattere sostanziale e non processuale. Stabilisce, infatti, tale articolo che "è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza".

Andando avanti nella lettura dell'articolo in questione si evidenzia come al co. 2 vi sia un nuovo approccio alla verifica della legittimità del provvedimento amministrativo, non più strettamente formale ma sostanziale; si legge, infatti, che "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

A tal proposito, interessante appare una sentenza del TAR Abruzzo, Pe,13.6.2005, n. 394, la quale qualifica, sulla scia del disposto dell'art. 21 octies, il difetto di motivazione come uno dei vizi "sulla forma degli atti",

dunque non più come vizio sostanziale, perché se fosse tale si dovrebbe evidentemente annullare l'atto gravato; e questo perché, la novella della l. n. 241/1990 ha fatto propria la teoria del raggiungimento dello scopo, lasciando, cioè, intendere che, oramai, il vizio formale non può condurre "alla caducazione dell'atto amministrativo se l'interesse pubblico sia stato in ogni caso soddisfatto".

Dunque, continua ancora la pronuncia in esame "ai sensi dell'art. 21 octies l. n. 241/90, introdotto dalla l. 11.2.2005 n. 15, il giudizio amministrativo da giudizio sull'atto si trasforma in giudizio sul rapporto, atteso che l'amministrazione intimata può rappresentare nel corso del processo gli eventuali elementi utili a evidenziare la palese infondatezza della pretesa del ricorrente, con conseguente definitivo superamento del divieto di integrazione postuma della motivazione dell'atto impugnato, censurabile con la proposizione di motivi aggiunti prima dell'udienza di merito".

Tale pronuncia segue un'altra pronuncia, anch'essa meritevole di attenzione del TAR Campania, Sa,I, 4.5.2005, n. 760 la quale stabilisce che "posto che, ai sensi dell'art. 21 octies co. 2 l. 7.8.1990 n. 241, non è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, tale innovativa formula normativa, introdotta dalla l. 11.2.2005, n. 15, ha determinato il ribaltamento del tradizionale principio del c.d. divieto di motivazione postuma, limitando la potestà caducatoria del giudice amministrativo" e questo perché "la norma citata non attiene alla disciplina relativa all'assolvimento delle competenze proprie dell'amministrazione in ordine alla struttura, ai requisiti ed al ruolo funzionale degli atti, ma che, riducendo il novero dei vizi patologici a quelli di natura sostanziale, limita la potestà caducatoria del giudice amministrativo. Il principio "tempus regit actum" viene così in considerazione, ma quale criterio di ricognizione non della disciplina sostanziale, bensì di quella processuale astrattamente applicabile, rac-



chiusa dal confine cronologico segnato dalla data in cui la decisione giudiziale è adottata”.

Tale indirizzo che afferma la possibilità di integrazione postuma della motivazione era, comunque, già stato sostenuto da una giurisprudenza minoritaria prima dell'entrata in vigore della l. n. 15/2005.

Alcune pronunce dei giudici amministrativi, infatti, precorrendo i tempi, andavano già verso la possibilità dell'integrazione postuma: *“la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto oggetto d'impugnativa giurisdizionale ha il potere di integrare la motivazione, in quanto l'impugnabilità degli atti sopravvenuti in pendenza di ricorso mediante la proposizione di motivi aggiunti abilita l'interessato ad integrare l'originaria impugnativa”* (TAR Abruzzo, Pe, 17.6.2004, n. 633).

Interessante, a tale proposito, e, secondo noi esaustiva del pensiero di quella giurisprudenza che ammetteva l'integrazione postuma anche prima dell'entrata in vigore della l. n. 15/2005, la sentenza del TAR Lazio, I, 16.1.2002, n. 398, la quale, con un discorso molto articolato che però merita di essere citato nella parte che qui interessa, afferma che *“... a voler rimanere ancorati alla logica di un modello processuale dall'oggetto strettamente impugnatorio, si può notare che la recente caduta della preclusione di principio alla risarcibilità dell'interesse legittimo (Cass., sez. un., n. 500 del 1999) già suggerisce, di per sé, un ripensamento del tradizionale divieto di integrazione della motivazione e, più in generale, di interventi di sanatoria in pendenza del giudizio”.*

Una volta ammesso, infatti, che la pubblica amministrazione possa essere potenzialmente chiamata a rispondere in sede risarcitoria delle illegittimità dei suoi atti (ove, beninteso, sussista il concorso degli ulteriori elementi, oggettivi e soggettivi, idonei a convertirle in veri e propri *“fatti illeciti”*) non sembra possibile negare alla medesima, quando abbia riscontrato una ipotesi di illegittimità nel proprio operato (e benché sia pendente al riguardo un giudizio), il potere-dovere di intervenire per porvi rimedio, allo scopo di circoscrivere, così, la propria eventuale responsabilità limitando possibili danni per l'erario.

Non sembra dubbio, invero, che il principio del *neminem ledere* implichi, per tutti i soggetti di diritto, privati e pubblici, chiamati a rispettarlo, un onere di attivarsi per far cessare la situazione di illiceità che si sia cagionata e sia suscettibile di produrre ulteriori conseguenze pregiudizievoli, pena altrimenti la dilatazione incontrollata del danno che potrebbe dover essere risarcito.

Una volta ammessa in termini generali, pertanto, la possibilità che anche dall'esercizio delle attività provvidi mentali della PA possano scaturire illeciti ai sensi dell'art. 2043 c.c., appare conseguente ritenere che l'amministrazione debba essere posta in condizioni tali da poter esercitare un ampio jus poenitendi in autotutela. Diversamente, verrebbe violato il principio della parità tra le parti del processo (un tempo invocato, sotto ben diverso profilo, a sostegno dell'indirizzo tradizionale), posto che la pendenza del ricorso del privato impedirebbe all'amministrazione, pur assoggettata al principio paritario del *neminem laedere*, di assumere iniziative di diligenza a difesa (oltre che della legalità) dei propri interessi anche patrimoniali. In una prospettiva più ampia va aggiunto, difatti, che, se sotto aspetti sempre più numerosi l'amministrazione viene spogliata di sue prerogative tradizionali, astretta alle norme e ai moduli del diritto privato e progressivamente avvicinata ad un piano di parità rispetto ai consociati, essa non sembra poter continuare a rimanere, nel contempo, gravata da tutti i vincoli che erano stati concepiti in passato con la funzione di garantire i consociati che le si rapportavano in una posizione ben altrimenti connotata quanto a tutela sostanziale.

Una rimediazione dei precedenti indirizzi sembra imporsi a maggior ragione della nuova ottica, ormai doverosa, del giudizio c.d. sul rapporto, modello processuale la cui introduzione, già richiesta dal superamento del dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, ha ricevuto una decisiva conferma nelle previsioni della l. n. 205 del 2000. Gli ostacoli che venivano opposti alla possibilità di interventi di sanatoria – delle varie tipologie – in pendenza del giudizio traevano origine, come è noto, più che da perplessità di diritto sostanziale, da remore legate alla struttura

tradizionale del giudizio impugnatorio. Dalla circostanza, cioè, che un nuovo intervento provvedi mentale dell'amministrazione in funzione di sanatoria avrebbe stravolto la posizione di parità che compete alle parti in causa dinanzi al giudice, ponendo, autoritativamente fine, in pratica, alla controversia in atto (concentrata *ratione obiecti* sul primo provvedimento), e costringendo il privato a ripartire da zero con una nuova impugnativa, in una defatigante spirale che avrebbe potuto non conoscere mai fine e svuotare la garanzia giurisdizionale di ogni contenuto. Da ciò la tradizionale conclusione che iniziative di autotutela di tal fatta sarebbero state illegittime per il fatto di violare il "diritto" dell'interessato a vedere deciso il giudizio con l'annullamento del provvedimento viziato. Le remote indicate, però, sembrano meritevoli di superamento. La l. n. 205 del 2000, invero, modificando l'art. 21 della l.1034 del 1971, ha previsto in termini generali che *"tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti"*.

Questa innovazione, che permette di far confluire all'interno del giudizio tutti gli atti connessi al suo "oggetto", non va vista soltanto come uno strumento di economia processuale. La sua portata impone innanzi tutto di rivedere la tradizionale identificazione senza residui dell'oggetto del giudizio amministrativo con il singolo provvedimento impugnato. Il presupposto logico, infatti, che ha reso possibile l'estensione dell'impugnativa ai provvedimenti sopravvenuti mediante semplici motivi aggiunti all'interno del giudizio già pendente risiede in ciò, che il legislatore del 2000 ha rimodellato l'oggetto del processo amministrativo intorno alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente.

Ebbene, questa nuova norma comporta che l'adozione di un ulteriore provvedimento, inteso ad emendare un vizio dell'atto formante oggetto di un gravame, non pone più, oggi, automaticamente fine al relativo giudizio

(strutturato, innovativamente, come giudizio sul rapporto), ma abilita semplicemente l'interessato ad integrare la sua originaria impugnativa mediante motivi aggiunti.

Non vi è più, pertanto, il pericolo che il provvedimento di autotutela con funzioni di sanatoria vanifichi il diritto costituzionale di azione e di difesa in giudizio.

D'altra parte, ove l'amministrazione incorra in un vizio di legittimità suscettibile di sanatoria intenda avvalersi di tale facoltà, non sembra possa esserle opposto un "diritto" dell'interessato ad ottenere invece, ad ogni costo, l'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato. E questo tanto più in un processo amministrativo impostato, ormai, come giudizio sulla pretesa sostanziale del ricorrente, in cui, quindi, l'accertamento istituzionalmente devoluto al giudice deve investire, ben più che l'isolato dato della legittimità formale di un singolo provvedimento, il grado di fondatezza delle aspettative e delle correlative pretese che costituiscono la materia del singolo rapporto di diritto amministrativo.

Oggi, perciò, il ricorrente, in pendenza del giudizio, così come è in grado di beneficiare (e questo, da sempre) di un rinnovato esercizio del potere amministrativo in una direzione a lui favorevole – con l'esito di una cessazione della materia del contendere –, ben può anche, simmetricamente, essere posto di fronte ad un nuovo provvedimento diretto semplicemente ad emendare un vizio del precedente atto, non ritirandolo, quindi, ma soltanto sanandolo. Chè, del resto, se si ammette la possibilità per l'amministrazione di un riesame della legittimità del proprio atto in pendenza del giudizio, sembra problematico, allora, limitare le conseguenze di tale riesame *secundum eventum*: accordarle, cioè, la possibilità di intervenire a difesa della legittimità e degli interessi pubblici quando ciò richieda un atto di ritiro, e disconoscere la stessa possibilità, invece, in presenza di vizi sanabili, quando il riesame potrebbe essere concluso con una semplice riforma (nel senso più lato) della precedente determinazione.

CAUSE DI INCANDIDABILITA', INELEGGIBILITA' E INCOMPATIBILITA' NEGLI ENTI LOCALI (I^ PARTE)

dell'Avv. Gianluca Piccinni

SOMMARIO: 1. Nozioni generali: incandidabilità, ineleggibilità ed incompatibilità ai sensi del d. lgs. 18.8.2000, n. 267; 2. Durata del mandato del sindaco – Limitazione dei mandati (art. 51, d. lgs. n. 267/00); 3. Cause ostative alla candidatura – Ineleggibilità ex art. 58, d. lgs. n. 267/0 - Sospensione dalla carica elettiva ai sensi dell'art. 59 del d. lgs. n. 267 del 2000; 4. Le cause di ineleggibilità ex art. 60, d. lgs. n. 267/00 - Rimozione di una causa di ineleggibilità; 5. Ineleggibilità e incompatibilità con riferimento agli assessori nominati dal Sindaco o dal Presidente della giunta al di fuori dei componenti del Consiglio (assessore esterno) e cumulo di incarichi.

1. Nozioni generali: incandidabilità, ineleggibilità, ed incompatibilità ai sensi del d. lgs. 267/00.

Con l'emanazione del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 il legislatore ha inteso dare un'organica sistemazione alla disciplina dell'elettorato passivo negli organi dei comuni e delle province, individuando in maniera tassativa e assai restrittiva le cause di impedimento all'accesso alle cariche locali.

Siffatta tendenza trova conferma nel fatto che nel T.U.E.L., accanto ai "tradizionali" istituti dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità, è stato introdotto l'istituto della c.d. "incandidabilità".

L'incandidabilità comporta il divieto di candidatura per coloro che hanno riportato condanne per reati specificamente definiti o a pene superiori ad un certo limite o a misure di prevenzione per appartenenza a determinate associazioni per delinquere e la sospensione dalla carica per coloro che hanno in corso procedimenti penali per determinati reati.

Al divieto di candidatura si accompagna la previsione della nullità dell'elezione.

L'ineleggibilità coinvolge coloro che, in ragione dell'ufficio o dell'incarico ricoperto, possono trovarsi in condizioni di vantaggio nella competizione elettorale.

L'incompatibilità riguarda coloro che possono trovarsi in conflitto di interessi con l'ente, in quanto portatori di interessi propri o dei propri congiunti, in contrasto con quelli dell'ente locale.

Ogni cittadino elettore può promuovere un'azione c.d. popolare innanzi al Giudice ordinario per far dichiarare la decadenza di un

eletto che si trova in una situazione di incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità.

Ciò posto, in termini generali, va detto che la Corte di Cassazione nell'affrontare le questioni relative all'elettorato passivo, in particolare legate all'interpretazione della normativa prevista dal d. lgs. n. 267/00, agli artt. 55 - 70, sulla incandidabilità, ineleggibilità ed incompatibilità¹, ha stabilito la preminenza del principio del libero accesso in condizioni di eguaglianza di tutti i cittadini alle cariche elettive di cui all'art. 51 cost. e dunque, la necessaria tipizzazione delle cause di ineleggibilità ad opera della legge al fine di evitare situazioni di incertezza².

Sicché le norme che derogano al diritto elettorale passivo sono di stretta interpretazione e le restrizioni di un diritto inviolabile sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale pari o superiore (l'eleggibilità è la regola mentre l'ineleggibilità rappresenta l'eccezione)³.

In particolare, occorre sottolineare che mentre le cause di incandidabilità, di cui agli artt. 56 e 58, d. lgs. n. 267/00 si riferiscono ad uno *status* di inidoneità funzionale assoluta e non sono rimovibili da parte dell'interessato, viceversa, quelle di ineleggibilità e di incompatibilità possono essere rimosse dall'interessato nei tempi e nei modi stabiliti dalla legge.

¹ Cass., I, 8.3.2004, n. 7593

² Cass., III, 18.1.2000, n. 489; Cass., I, 6.3.2000, n. 2490

³ Cass., I, 29.11.2000, n. 15285

2. Durata del mandato del sindaco, del presidente della provincia e dei consigli – limitazione dei mandati (art. 51, d. lgs. n. 267/00).

Particolare attenzione merita la questione, alquanto controversa, della durata del mandato del sindaco e la limitazione del mandato.

L'art. 51, co. 2, d. lgs. n. 267/00 stabilisce che *“chi ha ricoperto per due mandati consecutivi la carica di sindaco e di presidente della provincia non è allo scadere del secondo mandato, immediatamente rieleggibile alle medesime cariche”*.

In particolare, la Suprema Corte di Cassazione ha più volte affrontato il problema della portata del divieto di rielezione del sindaco al terzo mandato consecutivo nel medesimo comune, sancito nell'art. 51, co. 2, d. lgs. n. 267/00 e del rimedio esperibile in caso di mancata rilevazione della causa di ineleggibilità da parte del consiglio comunale in sede di convalida prevista all'art. 41 d. lgs. n. 267/00.

A dirimere definitivamente la questione è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione⁴, precisando che il divieto di elezione del sindaco per il terzo mandato consecutivo si applica nell'ipotesi di continuità temporale della carica politica. Ne deriva che la sequenzialità ostativa alla terza ricandidatura viene interrotta da una tornata elettorale, in cui il sindaco uscente non abbia partecipato. La norma, la cui evidente *ratio* è quella di favorire il ricambio al vertice delle amministrazioni locali, nel suo contenuto precettivo costituisce una causa tipizzata d'ineleggibilità originaria alla carica di sindaco, preclusiva non già della candidabilità bensì della eleggibilità del soggetto coinvolto perchè ostativa all'espletamento del terzo mandato consecutivo.

La sanzione, in caso di violazione di detto precetto, non può che essere rappresentata, ove l'elezione venga convalidata, dalla declaratoria di decadenza.

Depone in tal senso proprio l'art. 41 d. lgs. n. 267/00, che prevede che *“nella prima seduta il consiglio comunale e provinciale, prima di deliberare su qualsiasi altro oggetto, ancorchè non sia stato prodotto alcun reclamo,*

deve esaminare la condizione degli eletti a norma del capo II titolo III e dichiarare la ineleggibilità di essi quando sussista alcuna delle cause ivi previste, provvedendo secondo la procedura indicata dall'art. 69”. Ove il consiglio non provveda a dichiarare la decadenza del sindaco al terzo mandato consecutivo, la sua nomina non potrà certo ritenersi sanata e ciascun elettore potrà promuovere un'azione popolare dinanzi al Giudice ordinario, ai sensi dell'art. 70, d. lgs. n. 267/00, per chiederne la decadenza.

3. Cause ostative alla candidatura - Ineleggibilità ex art. 58, d. lgs. n. 267/00 – Sospensione dalla carica elettiva ai sensi dell'art. 59.

Come anticipato al punto 1), il legislatore con gli artt. 58 e 59 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 ha introdotto nell'ordinamento giuridico un nuovo istituto di limitazione del diritto all'elettorato passivo, l'incandidabilità che va ad affiancarsi a quelli più noti della ineleggibilità e della incompatibilità.

Non possono essere candidati a ricoprire le cariche elettive degli organi delle province, dei comuni e delle circoscrizioni, né da tali organi possono essere nominati ad altre cariche pubbliche, coloro i quali siano stati condannati con sentenza passata in giudicato per uno dei reati indicati al co. 1 dell'art. 58 del d. lgs. 267/2000.

La sentenza di patteggiamento viene equiparata a tutti gli effetti alla condanna emessa da un organo giudicante.

Inoltre, ai sensi dell'art. 59 sono sospesi di diritto dalle cariche indicate nell'art. 58, co.1, coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per i delitti ivi indicati.

L'amministratore che ricopre una delle cariche indicate al co. 1 dell'art. 58, decade dalla stessa dalla data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna o dalla data in cui diviene definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione (art. 59, co. 6). L'eventuale elezione o nomina di coloro che si trovano in una delle situazioni di incandidabilità è nulla.

Del pari, la partecipazione alla competizione elettorale di un candidato sindaco che si trova in una delle situazioni ostative indicate

⁴ Cass., 5.6.2007, n. 131818;



dall'art. 58 del d. lgs. 267/2000 comporta la nullità di tutte le operazioni elettorali, e non solo quella relativa alla sua elezione.

Tutte le misure sopra riportate non si applicano nei confronti di chi sia stato condannato con sentenza passata in giudicato o di chi sia stato sottoposto a misura di prevenzione con provvedimento definitivo, quando gli sia stata concessa la riabilitazione.

Quanto all'ambito di applicazione dell'art. 58, la Cassazione⁵ ha precisato che:

- le ipotesi di cause ostative alla candidatura di cui all'art. 58, co. lett. c), d. lgs. n. 267/00, non si riferiscono solo ai soggetti che esercitano la funzione pubblica, ma anche all'*extraneus* concorrente nel reato proprio⁶;

- la pronuncia di riabilitazione deve essere intervenuta prima della presentazione della candidatura e non successivamente all'elezione alla carica di consigliere comunale⁷. Va rammentato, inoltre, che il candidato alla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale deve dichiarare, all'atto dell'accettazione della candidatura, di non trovarsi in una delle condizioni di cui all'art. 58 del d. lgs. 67/2000: la mancanza di tale dichiarazione comporta l'immediata, e non sanabile, eliminazione del candidato dalla lista.

Sono invece sospesi di diritto dalle cariche indicate nell'art. 58, co. 1, del citato decreto coloro che hanno riportato una condanna non definitiva per i delitti indicati nello stesso comma o per i delitti di peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui, malversazione a danno dello Stato, concussione, corruzione per un atto d'ufficio, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari e corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio; sono inoltre sospesi dalla carica coloro che, con sentenza di primo grado confermata in appello, hanno riportato una condanna ad una pena non inferiore a due anni per un delitto non colposo e coloro nei cui confronti l'autorità giudiziaria ha applicato una misura di prevenzione in quanto indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso.

⁵ Cass., I, 8.3.2004, n. 7593

⁶ Cass., I, 8.3.2004, n. 7593

⁷ Cass., I, 8.3.2004, n. 7593

Sono, infine, sospesi di diritto coloro i quali sono sottoposti alle misure della custodia preventiva in carcere, degli arresti domiciliari e della custodia cautelare in luogo di cura (art. 59, co. 1).

Nel periodo di sospensione, ove non sussista supplenza, tali soggetti non sono computati al fine della verifica del numero legale, né per qualsiasi *quorum* o numero legale (art. 59, co. 2).

La sospensione cessa nel caso in cui venga meno la misura coercitiva, ovvero venga emessa sentenza anche non definitiva di non luogo a procedere, di proscioglimento, di assoluzione o provvedimento di revoca della misura di prevenzione (art. 59, co. 3).

4. Cause di ineleggibilità ex art. 60, d. lgs. n. 267/00.

L'art. 60, co.1, del d. lgs. 267/2000, elenca i casi tassativi di ineleggibilità alla carica di consigliere comunale e provinciale. La perdita delle condizioni di eleggibilità comporta la decadenza dalla carica ricoperta (art.68 d. lgs.267/2000), salvo che l'interessato non le rimuova con le modalità previste nello stesso decreto (art. 60, coo. , 3, 5 e 6). In particolare, non sono eleggibili alla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere provinciale, comunale e circoscrizionale:

1) il Capo ed i vice capi della Polizia, gli ispettori generali di pubblica sicurezza che prestano servizio presso il ministero dell'interno e i dipendenti del ministero che svolgono le funzioni (o equiparate o superiori) di direttore generale (art. 60, co. 1, n. 1), del d. lgs. 267/2000);

2) nel territorio nel quale esercitano le funzioni, i Commissari di Governo, i prefetti, i vice prefetti ed i funzionari di pubblica sicurezza (art. 60, co. 1, n. 2), del d. lgs. 267/2000);

3) nel territorio nel quale esercitano il comando, gli ufficiali generali, gli ammiragli e gli ufficiali superiori delle Forze armate (art. 60, co. 1, n. 3), del d. lgs. 267/2000). La posizione di "*comando*" deve essere intesa nella accezione di preposizione ad una unità, a carattere operativo, tattico o amministrativo, delle Forze armate;

4) nel territorio nel quale esercitano l'uffi-

cio, gli ecclesiastici ed i ministri di culto, che hanno giurisdizione di anime e coloro che ne fanno ordinariamente le veci (art. 60, co. 1, n. 4), del d. lgs. 267/2000);

5) i titolari di organi individuali ed i componenti di organi collegiali che esercitano poteri di controllo istituzionale sull'amministrazione del comune o della provincia nonché i dipendenti che dirigono o coordinano i rispettivi uffici (art. 60, co.1, n. 5), del d. lgs. 267/2000). Tra gli organi di controllo sono annoverati i revisori dei conti dell'ente locale. Non versano, invece, in una situazione di ineleggibilità i componenti la Commissione elettorale circondariale⁸. L'ineleggibilità in questione non si estende ai soggetti che facciano parte di enti di amministrazione attiva, quale la comunità montana, per l'impossibilità di configurarla come organo che eserciti poteri di controllo istituzionale sull'amministrazione del comune⁹.

6) nel territorio nel quale esercitano le funzioni, i magistrati addetti alle corti di appello, ai tribunali, ai tribunali amministrativi regionali ed i giudici di pace (art. 60 co. 1, n. 6), del d. lgs. 267/2000), rientrano anche i G.O.T.; tale formulazione tiene conto della soppressione delle figure del "vice pretore onorario" e del "giudice conciliatore" (previste dall'abrogato art. 2, co. 1, n. 6), della l. 3.4.1981, n. 154) e della istituzione della figura del Giudice di Pace¹⁰.

Affinché sussista la causa di ineleggibilità dei magistrati, è necessario che l'interessato svolga effettivamente e attualmente le funzioni giudiziarie¹¹;

7) i dipendenti del comune e della provincia per i rispettivi consigli (art. 60, co. 1 n. 7), del d. lgs. 267/2000). Tale norma si applica a tutti coloro che sono legati all'ente da un rapporto di subordinazione, con la sola eccezione delle prestazioni di lavoro autonomo, indipendentemente dalla natura del rapporto di lavoro, pubblico o privato¹².

Non sussiste una situazione di ineleggibilità per il lavoratore interinale che presta la

propria attività presso l'ente di cui è amministratore¹³;

8) il direttore generale, il direttore amministrativo e il direttore sanitario delle aziende sanitarie locali e ospedaliere (art. 60, co. 1, n. 8), del d. lgs. 267/2000);

9) i legali rappresentanti e i dirigenti delle strutture convenzionate per i consigli del comune il cui territorio coincide con il territorio dell'azienda sanitaria locale o ospedaliera con cui sono convenzionati o lo ricomprende, ovvero dei comuni che concorrono a costituire l'azienda sanitaria locale o ospedaliera con cui sono convenzionate (art. 60, co. 1, numero 9), del d. lgs. 267/2000). Tale causa di ineleggibilità non si applica per la carica di consigliere provinciale (art. 60, co. 9, del citato d. lgs. 67/2000); le strutture convenzionate sono quelle indicate negli artt. 43 e 44 della legge 23.12.1978, n. 833 (art. 60, co. 4, del d. lgs. 267/2000). La C. cost., con sentenza n. 27 del 6.2.2009 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 60, co. 1, n. 9 d. lgs. cit., nella parte in cui prevede l'ineleggibilità dei direttori sanitari delle strutture convenzionate per i consigli del comune il cui territorio coincide con il territorio dell'azienda sanitaria locale o ospedaliera con cui sono convenzionate ovvero dei comuni che concorrono a costituire l'azienda sanitaria locale o ospedaliera con cui sono convenzionate;

10) i legali rappresentanti e i dirigenti delle società per azioni con capitale superiore al 50 per cento rispettivamente del comune o della provincia (art. 60, co. 1, n. 10), del d. lgs. 267/2000). Tale causa sussiste anche nel caso di società per azioni aventi scopo consortile¹⁴. La norma deve essere interpretata nel senso che si trovano in situazione di ineleggibilità tutti coloro che rivestono nella società partecipata cariche che comportano l'esercizio di poteri di organizzazione e di gestione¹⁵. La causa di ineleggibilità non sussiste se il comune mantiene una posizione di controllo o dominante pur detenendo una partecipazione azionaria inferiore alla maggioranza assoluta¹⁶ oppure se il consigliere ha assunto la tito-

⁸ Cass. I, 15.4.2005, n. 7925.

⁹ Cass. I, 25.1.2001, n. 1073

¹⁰ Cass., 14.2.2003, n. 2195

¹¹ CdS, V, 6.6.1996, n. 687

¹² Cass., I, 15.9.1995, n. 9762

¹³ Cass., I 11.3.2005, n. 5449

¹⁴ Cass. I, 5.9.1997, n. 8606

¹⁵ Cass. I, 27.10.1993, n. 10701

¹⁶ Cass. 16.7.2005, n. 15104



larità della carica societaria in base a una norma di legge ovvero di statuto o di regolamento dell'ente territoriale, ma sussiste se ha assunto tale carica in base a una norma dello statuto della società¹⁷.

11) gli amministratori e i dipendenti con poteri di rappresentanza o con poteri di organizzazione o coordinamento del personale di istituto, consorzio o azienda dipendente rispettivamente dal comune o dalla provincia (art. 60, co. 1, n. 11), del d. lgs. 267/00). Sull'interpretazione del termine enti "dipendenti" è stato ritenuto che sussista tale situazione quando un ente pubblico è sottoposto ad un potere d'ingerenza da parte di un altro¹⁸; ancora, che vadano annoverati tra di essi anche gli enti che, pur dotati di autonomia amministrativa, patrimoniale e contabile rispetto all'ente sovraordinato, siano finalizzati allo svolgimento di compiti istituzionali di quest'ultimo¹⁹, mentre è stato escluso il rapporto di dipendenza quando l'ente subordinato non è assimilabile né agli "istituti", né alle "aziende", né ai "consorzi"²⁰.

La Suprema Corte ha stabilito che il rapporto tra un comune e l'azienda speciale da esso costituita deve essere considerato di dipendenza e non di mera vigilanza e dunque sussiste la causa di ineleggibilità di cui all'art. 60, n. 11, d. lgs. n. 267/00 in quanto le Aziende speciali sono "emanazioni dell'ente territoriale e, pur con un'adeguata organizzazione e margini di autonomia richiesti dal tipo di attività prevalentemente tecnica da svolgere, non si distinguono da esso nonostante il riconoscimento della personalità giuridica e della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine"²¹.

12) i sindaci, presidenti di provincia, consiglieri comunali, provinciali o circoscrizionali in carica, rispettivamente, in altro comune, provincia o circoscrizione (art. 60, co. 1, n. 12), del d. lgs. 267/2000). no inoltre ineleggibili alle cariche di sindaco e di presidente della provincia i ministri di culto e coloro

che hanno legami parentali con il segretario comunale e provinciale e coloro che hanno ascendenti o discendenti ovvero parenti o affini fino al secondo grado che coprono nelle rispettive amministrazioni il posto di appaltatore di lavori o servizi comunali o provinciali o in qualunque modo loro fideiussore (art. 61 del d. lgs. 267/2000). L'art. 62 stabilisce inoltre, per i sindaci dei comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti e per i presidenti delle province, l'accettazione della candidatura alla carica di deputato o di senatore comporta la decadenza dalla carica elettiva ricoperta.

Per rimuovere le cause di ineleggibilità, con l'eccezione di quelle riferite ai vertici delle aziende sanitarie locali e ospedaliere, l'interessato deve cessare dalle funzioni non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature (art. 60, co. 3, del citato d. lgs. 267/2000); per cessazione dalle funzioni s'intende l'effettiva astensione da ogni atto inerente l'ufficio ricoperto (art. 60, co. 6). La cessazione delle funzioni può avvenire per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, collocamento in aspettativa. In tali casi la pubblica amministrazione è tenuta a prendere i provvedimenti di propria competenza entro cinque giorni dalla richiesta dell'interessato (art. 60, co. 5). L'aspettativa è concessa anche in deroga agli ordinamenti di appartenenza per tutta la durata del mandato (art. 60, co. 7), ma non possono essere collocati in aspettativa i dipendenti assunti a tempo determinato (art. 60, co. 8). Nel caso dei ministri di culto è idonea la dispensa vescovile da ogni servizio ministeriale²². Per quanto riguarda l'ineleggibilità del direttore generale, del direttore amministrativo e del direttore sanitario delle aziende sanitarie e ospedaliere, l'interessato deve cessare dalle funzioni almeno centottanta giorni prima della data di scadenza dell'organo elettivo in rinnovo; in ogni caso, il direttore generale, il direttore amministrativo e il direttore sanitario non sono eleggibili nei collegi elettorali nei quali sia ricompreso, in tutto o in parte, il territorio dell'azienda sanitaria locale o ospedaliera presso la quale abbiano esercitato le proprie funzioni

¹⁷ Cass, I, 4.5.1993, n. 5179

¹⁸ Cass., I, 18.1.1994, n. 391

¹⁹ Cass. I, 20.4.1993, n. 4646

²⁰ Cass. I, 27.6.1994, n. 6160

²¹ Cass. I, 16.7.2005, n. 15105

²² Cass., I, 14.4.1997, n. 3193

in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. Inoltre, detti soggetti, ove si siano candidati e non siano stati eletti, non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni in aziende sanitarie locali e ospedaliere comprese, in tutto o in parte, nel collegio elettorale nel cui ambito si sono svolte le elezioni (art. 60, co. 2, del citato d. lgs. 267/2000). Per cessazione dalle funzioni s'intende l'effettiva astensione da ogni atto inerente l'ufficio ricoperto (art. 60, co. 6).

5. Ineleggibilità e incompatibilità con riferimento agli assessori esterni e cumulo di cariche.

Un discorso a parte va fatto, anticipando un argomento che sarà trattato nel prossimo numero, in merito all'applicazione delle cause di ineleggibilità e incompatibilità nei confronti dell'assessore "esterno" e al cumulo delle cariche di consigliere comunale e assessore interno o esterno di altro comune compreso nel territorio della stessa regione.

Occorre innanzitutto, fare una preliminare distinzione tra l'ipotesi in cui l'assessore viene individuato dal Sindaco tra i consiglieri eletti (assessore interno) e le altre, previste dall'art. 47, co. 3 e 4, ove invece l'assessore viene individuato dal Sindaco al di fuori dei componenti del consiglio (assessore esterno) tra i cittadini in possesso dei requisiti di candidabilità, eleggibilità e compatibilità alla carica di consigliere.

Ciò posto, la questione è stata portata all'attenzione del Consiglio di Stato, su apposito quesito del M.ro dell'Interno, il quale, con parere espresso in adunanza plenaria nella seduta del 22.10.2008, auspicando un intervento del legislatore, ha ammesso la possibilità di cumulo delle cariche solo nel caso in cui l'amministratore acquisisca dapprima la carica di assessore esterno e poi quella di consigliere comunale e non viceversa.

In particolare, il Consiglio di Stato effettua

la seguente distinzione:

a. nomina ad assessore esterno prima della nomina a consigliere.

In tal caso, è possibile cumulare i due incarichi, in quanto al momento del conferimento dell'incarico di assessore esterno il futuro amministratore è in possesso dei requisiti per assumere quell'ufficio e se successivamente decide di candidarsi a consigliere comunale non sussiste alcuna ipotesi di incandidabilità, ineleggibilità ed incompatibilità previste dall'art. 60, co. 1, n. 12, e dall'art. 65 del d. lgs. 267/00.

b. nomina a consigliere comunale prima della nomina ad assessore esterno.

Nel caso in cui un soggetto ricopre già la carica di consigliere, non è possibile cumulare i due incarichi, perché in quel momento l'amministratore non è più in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 47 del d. lgs. 267/00. Gli artt. 47 e 60 del d. lgs. n. 267/2000 pur non sancendo espressamente l'incompatibilità tra le cariche, prevedono, tuttavia, che in capo a colui che viene nominato assessore da parte del sindaco sussistano gli stessi requisiti che sarebbero necessari per una potenziale candidatura alla carica di consigliere. In tal caso, pur ribadendo che le norme in materia di ineleggibilità ed incompatibilità sono tassative e di stretta applicazione in virtù della riserva di legge di cui all'art. 51 cost., al fine di eliminare l'eventuale cumulo di incarichi contrario al sistema delineato dalla normativa in materia di enti locali ed elaborato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, l'assessore esterno, qualora sia chiamato a ricoprire anche la carica di consigliere presso altro comune, dovrà optare per il mantenimento di una sola carica. In ogni caso, per evitare in futuro dubbi ed incertezze interpretative, sarebbe quanto mai opportuno che il legislatore intervenga a colmare la lacuna del nostro ordinamento, estendendo la previsione di incompatibilità stabilita con l'art. 65, co. 2, d. lgs. n. 267/00 all'ipotesi prospettata alla lett. b).

LA NATURA GIURIDICA DEL PROVVEDIMENTO DI REVOCA DELL'ASSESSORE

della Dott.ssa Annabella Di Toma e Prof. Avv. Maurizio Asprone

L'atto di revoca dell'assessore art. 46 d.lgs. 267 del 2000: da atto politico ad atto provvedimento

La natura giuridica del provvedimento di revoca dell'assessore (comunale o provinciale) è oggetto di un contrasto dottrinale e giurisprudenziale che ancora stenta a trovare una definitiva soluzione. La materia del conferimento e della revoca degli incarichi assessorili è attualmente regolata dall'art. 46 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). L'articolo in parola, infatti, dispone al comma secondo che *"Il sindaco e il presidente della provincia nominano i componenti della giunta, tra cui un vicesindaco e un vicepresidente, e ne danno comunicazione al consiglio nella prima seduta successiva alla elezione"*, e poi prevede al comma quarto che *"Il sindaco e il presidente della provincia possono revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al consiglio"*. L'art. 16 della l. 81/1993 (oggi riprodotto nell'art. 46 cit.), ha radicalmente modificato le pregresse previsioni - già contenute nel T.U. approvato con r.d. 4.2.1915 n. 148 - nella parte in cui le stesse prevedevano che ciascun componente della giunta fosse individualmente eletto dal consiglio. Ne consegue che non appare convincente la tesi, pur seguita da una parte della giurisprudenza, della riconduzione dell'atto di nomina (e di revoca) degli assessori nell'ambito esclusivo delle funzioni di indirizzo politico dell'organo di vertice dell'amministrazione locale. Il mutato quadro normativo ha comportato che così come non si può negare che l'atto di investitura, come l'atto di revoca alla carica assessorile, si connotino di spiccati tratti di fiduciarietà, allo stesso tempo, non appare inappagante l'opzione della sua riconduzione nel novero degli atti politici, con conseguenziale pretesa di insindacabilità assoluta dell'atto stesso in sede giurisdizionale¹. Non può non rilevarsi che, sotto il profilo della sostanziale, la

¹ TAR Puglia Le, II, 14.8.2007, n. 3088.

nomina di un assessore comunale si distingue molto dalla revoca, così come delineata dall'art. 46 d. lgs. n. 267 del 2000. In particolare, non è richiesta alcuna motivazione per la nomina, potendo così fondarsi anche su una fiducia di mera appartenenza politica. Una volta, però, che gli organi del comune si sono costituiti sulla base della legittimazione elettorale, essi devono pur sempre funzionare nell'interesse dell'intera collettività territoriale e nel rispetto del principio di imparzialità e buon andamento (art. 97 cost.). Ne consegue che - tranne i casi in cui viene a mutare l'assetto politico risultante dalle urne e quindi la legittimazione elettorale degli organi di governo dell'ente (si pensi ad es. ai casi di sopravvenuto mutamento della maggioranza con conseguente sfiducia del sindaco e scioglimento del consiglio comunale) - le ragioni meramente politiche si arrestano alla fase costitutiva. La revoca dell'assessore, secondo l'art. 46 cit., deve essere motivata, e ciò, evidentemente, non per ragioni politiche ma per le comuni esigenze di trasparenza, imparzialità e buon andamento.

Le ragioni politiche possono assumere rilievo nella comunicazione della revoca che il sindaco deve fare al consiglio comunale: essa può incidere anche su valutazioni relative al rapporto di fiducia politica tra il consiglio stesso ed il sindaco. Non sono però tali esigenze quelle poste alla base della motivazione espressamente richiesta dalla norma. Richiedendo una vera e propria motivazione - e non una mera illustrazione anche orale delle ragioni del sindaco, ove richiesto dal consiglio, così come può avvenire per le nomine degli assessori - il legislatore dimostra di ricondurre espressamente la revoca degli assessori alle garanzie formali e sostanziali proprie dei provvedimenti amministrativi². Alla luce

² TAR Puglia, Le,I, 6.3.2007, n. 831

di questi ultimi orientamenti della giurisprudenza non può negarsi che la revoca dell'assessore si concreti in una tipica figura provvedimento e, come tale, assoggettabile alla disciplina del procedimento amministrativo. In modo particolare, l'indirizzo considerato ritiene che il provvedimento amministrativo di revoca dell'incarico dell'assessore, in ossequio alle garanzie procedurali poste dalla l. n. 241/90, dovrebbe essere preceduto dalla comunicazione d'avvio del procedimento e recare, poi, un congruo referto motivazionale. La comunicazione d'avvio del procedimento di revoca si renderebbe necessaria, a mente dello specifica prescrizione dell'art. 7 della l. 241/1990, ai fini dell'attuazione del giusto contraddittorio procedimentale nel quale l'apporto partecipativo del cittadino garantirebbe un'efficace tutela delle ragioni personali e potrebbe giovare anche alla PA, alla quale potrebbero essere offerti elementi di conoscenza utili nell'esercizio di poteri discrezionali³. La recente giurisprudenza però ha superato la necessità di subordinare l'atto di revoca dell'incarico di assessore comunale alla previa comunicazione di avvio del procedimento. A tale considerazione è giunta partendo proprio dall'analisi dell'art. 46 co.4 d.lg. n. 267 del 2000, in virtù del quale *"Il sindaco e il presidente della provincia possono revocare uno o più assessori, dandone motivata comunicazione al consiglio"* ne discende che il legislatore ha previsto una comunicazione motivata della revoca rivolta al consiglio comunale, ma non al diretto interessato. E di fatto, se si considera che le prerogative della partecipazione nei procedimenti amministrativi possono essere invocate quando gli interessi privati sono ritenuti idonei ad incidere sull'esito finale per il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, nel caso della revoca dell'incarico assessorile, la partecipazione diventa indifferente dal momento che la valutazione degli interessi coinvolti è rimessa 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, ciò che implica che la valutazione dell'o-

³ TAR Liguria, I, 7.12.2004, n.1600

perato del sindaco sia rimessa unicamente al consiglio comunale⁴. Per quanto concerne invece l'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico assessorile, esso troverebbe fondamento nell'art. 3 della stessa l. n. 241/1990 che in effetti imporrebbe la motivazione di ogni provvedimento amministrativo; ma tale prescrizione potrebbe reputarsi inoperante in materia di revoca di assessori comunali e provinciali, nella quale, *"pur sussistendo una lata discrezionalità, sussiste comunque il dovere di giustificare l'esercizio del relativo potere, che non può certamente essere arbitrario, dovendo essere rivolto a curare gli interessi della comunità locale secondo il programma politico-amministrativo sulla cui base è intervenuto il voto popolare, anche se non manca qualche sentenza di primo grado che ha escluso del tutto l'obbligo di motivazione"*⁵.

L'obbligo di motivazione del provvedimento di revoca dell'incarico di un singolo assessore può ritenersi adempiuto con un riferimento alle più ampie valutazioni di opportunità politico-amministrative, rimesse in via esclusiva al sindaco o al presidente della provincia, che tenga conto sia di esigenze di carattere generale, quali ad es. rapporti con l'opposizione o rapporti interni alla maggioranza consiliare, sia di particolari esigenze di maggiore operosità ed efficienza di specifici settori dell'amministrazione locale o per l'affievolirsi del rapporto fiduciario tra il capo dell'amministrazione e singolo assessore⁶. Sebbene l'atto sindacale di revoca di un assessore comunale risulti caratterizzato da un'ampia discrezionalità, in quanto attinente al rapporto fiduciario tra sindaco ed assessore e, nonostante il sindacato del giudice amministrativo vada confinato in ambiti assai ristretti, rivolti essenzialmente a verificare i profili formali e procedurali della revoca, risulta necessario, alla luce di tali considerazioni, che tale atto sia fornito di una sufficiente motivazione, la quale richiami i presupposti assunti a sua giustificazione (secondo i principi

⁴ TAR Piemonte, II, 2.3.2007, n. 937

⁵ Così CdS, V, 8.3.2005, n. 944

⁶ CdS, V, 8.3.2005, n. 944 *ex multis*; TAR Puglia, Le, II, 14.7.2003, n. 4740; TAR. Veneto, I, 21.1.2006, n. 104



generali e secondo l'espressa previsione dell'art. 46 co.4 d.lg. n. 267 del 2000).

Ne consegue che la revoca dell'assessore quindi non si sottrarrebbe all'osservanza delle norme sul procedimento amministrativo che regolano l'iter di formazione dei provvedimenti amministrativi⁷ comportando l'illegittimità del provvedimento con cui il sindaco dispone la revoca di un assessore con effetto immediato, senza addurre alcuna motivazione. Si rende opportuno però precisare che la nomina di un assessore comunale si distingue molto dalla revoca, così come delineata dall'art. 46 d. lgs. n. 267 del 2000. In particolare, non è richiesta alcuna motivazione per la nomina, poiché si fonda su una fiducia di mera ed esclusiva appartenenza politica. Una volta, però, che gli organi del comune si sono costituiti sulla base della legittimazione elettorale, essi devono pur sempre funzionare nell'interesse dell'intera collettività territoriale e nel rispetto del principio di imparzialità e buon andamento (art. 97 cost.). Ne consegue che - tranne i casi in cui viene a mutare l'assetto politico risultante dalle urne e quindi la legittimazione elettorale degli organi di governo dell'ente (si pensi ad es. ai casi di sopravvenu-

⁷ TAR Lombardia, Mi, I, 28.7.2008, n. 3045

to mutamento della maggioranza con conseguente sfiducia del sindaco e scioglimento del consiglio comunale) - le ragioni meramente politiche si arrestano alla fase costitutiva. La revoca dell'assessore, difatti, secondo l'art. 46 cit., deve essere motivata, e ciò, evidentemente, non per ragioni politiche ma per le comuni esigenze di trasparenza, imparzialità e buon andamento. Le ragioni politiche possono assumere rilievo nella comunicazione della revoca che il sindaco deve fare al consiglio comunale: essa può incidere anche su valutazioni relative al rapporto di fiducia politica tra il consiglio stesso ed il sindaco. Non sono però tali esigenze quelle poste alla base della motivazione espressamente richiesta dalla norma.

Richiedendo una vera e propria motivazione - e non una mera illustrazione anche orale delle ragioni del sindaco, ove richiesto dal consiglio, così come può avvenire per le nomine degli assessori - il legislatore dimostra di ricondurre espressamente la revoca degli assessori alle garanzie formali e sostanziali proprie dei provvedimenti amministrativi⁸.

⁸ TAR. Puglia, Le, I, 6.3.2007, n. 831

BREVI CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL DIBATTITO SU GIUSTIZIA POLITICA E RAGION DI STATO

del Prof. Fulvio Pastore

« (...) Io so che vanta il Conte molti amici fra noi; ma d'una cosa mi rendo certo, che nessuno di questi l'ama più della patria; e per me, quando di lei si tratti, ogni rispetto è nulla. (...) »

Alessandro Manzoni, *Il conte di Carmagnola*, Atto primo, scena terza, Tipografia all'insegna di Dante, Firenze, 1828, cit. p. 28.

Sommario: 1. Principio di responsabilità e Stato democratico di diritto. - 2. Il rilievo della giustizia politica nella evoluzione delle forme di Stato e delle forme di governo. - 3. La ragion di Stato come fondamento (non ultimo) della giustizia politica in uno Stato democratico di diritto

1. Principio di responsabilità e Stato democratico di diritto.

Il principio di responsabilità – ovvero, quel principio in base al quale ciascuno risponde giuridicamente e politicamente delle funzioni pubbliche che è chiamato a svolgere – è uno dei principî costituzionali comuni ai Paesi membri dell'Unione Europea e più in generale alle democrazie moderne¹.

Esso, in effetti, rappresenta un corollario dello Stato democratico di diritto – ovvero, la forma di Stato in cui tutti sono assoggettati al diritto e la sovranità appartiene effettivamente al popolo, che la esercita nei limiti e nelle forme previste dalla Costituzione (in dottrina meglio noto come Stato costituzionale di diritto) – sia pure con significative differenze quanto alle sue declinazioni nei vari contesti geografici e culturali².

* Testo del contributo destinato, nella sua traduzione in lingua francese, alla pubblicazione nel volume sulla “ragion di Stato” curato dalla prof.ssa Brigitte Krulic (Paris X - Nanterre), edito dalla casa editrice Peter Lang, anno 2010.

** Professore associato di Diritto costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Cassino.

¹ Sulle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri dell'Unione Europea, cfr. *ex plurimis*, M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune Europeo. Principi e diritti fondamentali*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, n° 5, Jovene, Napoli, 2002.

² Appare evidente, anche in una prospettiva diacronica, come presentino tratti di fondo comuni esperienze, sia pure nel complesso tra loro molto differenti, come: la

Al contrario di quanto accadeva nella monarchia assoluta - e in modo sia pure attenuato anche nella monarchia costituzionale, caratterizzata da uno Stato di diritto incompiuto - nello Stato democratico di diritto, non vi possono essere soggetti che siano del tutto *legibus soluti* (nel senso di “sottratti ai limiti posti dall'ordinamento costituzionale”), neppure la maggioranza e i suoi rappresentanti politici³.

Il principio di responsabilità si mostra così come un principio consustanziale al principio di eguaglianza, oltre che al principio di legalità; nel senso che, qualora fosse violato tale principio o lo stesso venisse meno, si

rule of law nel Regno Unito; *l'état de droit* in Francia; il *rechtsstaat* in Germania; lo Stato di diritto in Italia.

Sulle origini e sui fondamenti teorici dello Stato di diritto, cfr., *ex plurimis*: N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960; A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Edition with new Introduction), 1915; R. H. FALLON JR., « *The Rule of Law* » as a Concept in Constitutional discourse, in *Columbia Law Rev.*, XCVII, 1997, p. 1 e ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, in *Filosofia Politica*, 2/1991, pp. 325 e ss.; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra, 1748, tr. it. a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1952 (rist.: 2004); C. SCHMITT, *Legality and Legitimacy*. Jeffrey Seitzer, trans. (Duke University Press, 2004), original publication: 1932; C. SCHMITT, *State, Movement, People* (includes *The Question of Legality*), Simona Draghici, trans. (Plutarch Press, 2001), original publication: *Staat, Bewegung, Volk* (1933); *Das Problem der Legalität* (1950).

³ Ci si riferisce a un'idea di democrazia critica o “matura” che è molto bene elaborata in G. ZAGREBELSKY, *Il crucifige e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.



avrebbe di conseguenza anche una violazione del principio di eguaglianza e di quello di legalità⁴.

Come è noto, la categoria della “*ragion di Stato*” venne elaborata in dottrina con riferimento allo Stato nazionale assoluto, anche se è stata poi mutuata con gli opportuni adattamenti nell’ambito delle monarchie costituzionali ottocentesche⁵.

Problematica appare, invece, la compatibilità del concetto di “*ragion di Stato*”, nell’ambito dello Stato costituzionale di diritto (*rectius* Stato democratico di diritto), con principî fondamentali, come quello personalista, che pone la persona umana e non più lo Stato al centro dei valori costituzionali, rendendo strumentali alla tutela della persona i rapporti giuridici tra livelli territoriali di governo e quelli tra poteri statali⁶.

Problematica appare, altresì, la compatibilità del concetto di “*ragion di Stato*” con il principio di responsabilità, ogni qual volta si pretenda di far discendere dal primo delle eccezioni, sotto il profilo sostanziale e/o sotto il profilo processuale, rispetto al funzionamento ordinario della giustizia.

2. Il rilievo della giustizia politica nella evoluzione delle forme di Stato e delle forme di governo.

Gli istituti di giustizia politica – ovvero quelle norme giuridiche sostanziali e/o processuali, basate su motivazioni strettamente politiche e/o istituzionali, che si configurano come eccezionali rispetto alla disciplina generale del sistema giudiziario - hanno in molti casi accompagnato, condizionandolo

⁴ Sulla consustanzialità dei principî fondamentali della Costituzione, cfr., in particolare, C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.

⁵ Sulle origini della ragion di Stato nel pensiero giuridico cfr., in particolare, J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, 3 voll., Torino, UTET, 1988-1997.

⁶ Sul principio personalista e sui diritti inviolabili dell’uomo come fondamento delle Costituzioni moderne cfr., *ex plurimis*, A. BARBERA, Art. 2, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, Roma, 1975; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Il Mulino, Bologna, 1982; P. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972.

significativamente, lo sviluppo delle forme di Stato e delle forme di governo in molti Paesi europei⁷.

Ad esempio, è ben noto il contributo di istituti come l’*impeachment* e il *bill of attainder* nell’affermazione della *rule of law* e della forma di governo parlamentare nel Regno Unito⁸.

In particolare, quanto alla forma di governo, è noto come, grazie anche all’istituto della controfirma, la maggioranza della *house of commons* spinse sempre più il monarca a scegliere nei suoi ranghi i membri del *cabinet*, anche al fine di evitare che gli stessi fossero colpiti da procedimenti di *impeachment* o da *bill of attainder*.

Alle sue origini, infatti, la controfirma ministeriale e gli istituti di giustizia politica ebbero una funzione ancipite: favorire il permanere della irresponsabilità politica e giuridica del monarca, da una parte; consentire alla maggioranza parlamentare di individuare un soggetto nei confronti del quale far valere una responsabilità per gli atti inopportuni e/o illegittimi della corona.

In Italia, per fare un altro esempio, si fece ricorso a forme eccezionali di giustizia per motivi politici durante il regime fascista al fine di consolidare la dittatura: migliaia di esponenti politici di opposizione furono così perseguitati e ridotti al silenzio, anche

⁷ Sulle origini e il rilievo della giustizia politica, *ex plurimis*, cfr. G. DI RAIMO, *Reati ministeriali*, voce tratta dall’ *Enciclopedia del diritto*, vol. 38, Giuffrè, Milano, 1987; T. F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2005; A. DEMANDT (a cura di) *Processare il nemico: Da Socrate a Norimberga*, edizione italiana a cura di P. P. Portinaro, Torino, G. Einaudi, 1996; C. H. MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990; H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, a cura di P. P. Portinaro, Milano, Giuffrè, 1995; C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, Laterza, 2006; C. SCHMITT, *Le categorie del «Politico»*, Il Mulino, Bologna, 1998.

⁸ Sul tema dell’*impeachment* cfr. in particolare M. OLIVIERO, B. CAVALLO (a cura di), *L’impeachment: dalle origini inglesi all’esperienza degli Stati Uniti d’America*, Giappichelli, Torino, 2001.

Il rilievo del *bill of attainder* e più in generale degli istituti di giustizia politica nel passaggio dalla monarchia assoluta a quella costituzionale e nell’affermazione del premierato inglese è bene illustrato in G. DI RAIMO, *Reati ministeriali*, ult. op. cit.

mediante l'istituzione di tribunali speciali per i crimini politici e l'introduzione di misure preventive e sanzionatorie eccezionali, come il confino⁹.

Proprio per il timore di una nuova involuzione autoritaria dell'ordinamento e dell'avvento di una nuova dittatura, i costituenti del 1947 inserirono nella Costituzione della Repubblica italiana numerosi istituti di giustizia politica con funzioni di garanzia - molti dei quali successivamente sono stati abrogati a causa dell'abnorme uso fattone dalla classe politica, ma che hanno contribuito, soprattutto in una prima fase, a dare una conformazione particolarmente garantista e pluralista alla democrazia parlamentare italiana - tra cui: la giurisdizione della Corte costituzionale sui reati presidenziali di attentato alla Costituzione e di alto tradimento; la giurisdizione della Corte costituzionale sui reati ministeriali; l'insindacabilità delle opinioni e dei voti espressi dai parlamentari nell'esercizio delle funzioni; l'autorizzazione a procedere della camera di appartenenza per i giudizi penali nei confronti dei parlamentari; l'autorizzazione della camera di appartenenza all'assoggettamento dei parlamentari a provvedimenti limitativi delle libertà personali¹⁰.

⁹ Sulla giustizia politica in Italia nel periodo fascista cfr. *ex plurimis* K. D. BRACHER, L. VALIANI, *Fascismo e nazionalsocialismo*, Il Mulino, Bologna, 1986; G. BOCCA, *L'Italia fascista*, Mondadori, Milano, 1973; C. SCHWARZEMBERG, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Mursia, Milano, 1977.

¹⁰ Sugli indicati istituti di giustizia politica cfr., in particolare, A. CIANCIO, *Il reato ministeriale - Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000; L. CIAURRO, *Parlamentare (status di)*, voce tratta dal Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006; V. CONTE (a cura di), con la supervisione di G. Buonomo, *Codice dello status del parlamentare*, Servizio delle prerogative, delle immunità e del contenzioso. Raccolte normative n. 1, dicembre 2004, XIV legislatura; P. DELL'ANNO, *Il procedimento per i reati ministeriali*, Giuffrè, Milano, 2001; G. DI RAMO, *Reati ministeriali*, op. cit.; T. F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, op. cit.; G. LANDI, *Guarentigie*, voce tratta dall'Enciclopedia del diritto, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970; E. ROSSI, V. CASAMASSIMA, *Immunità parlamentari*, voce tratta dal Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006; S. TRAVERSA, *Immunità parlamentari*, voce trat-

ta dall'Enciclopedia del diritto Giuffrè, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970.

Per venire ad esempi più recenti, che hanno interessato anche la Francia, si potrebbe fare riferimento alle ipotesi di sospensione dei processi nei confronti di persone che rivestono alte cariche dello Stato: garanzia prevista al fine di evitare che Istituzioni fornite di legittimazione democratica vengano impedito o limitate nell'esercizio di importanti funzioni pubbliche¹¹.

In tutti i casi citati, le deroghe all'ordinario funzionamento della giustizia sono state o vengono motivate con l'esigenza di preservare la "ragion di Stato". Si tratta, tuttavia, di valutare se tali eccezioni possano essere considerate compatibili o meno con i principi fondamentali di uno Stato democratico di diritto, tra i quali, in specie: quello personalista, quello di eguaglianza, quello di legalità costituzionale.

3. La ragion di Stato come fondamento (non ultimo) della giustizia politica in uno Stato democratico di diritto.

Il dubbio circa la compatibilità della "ragion di Stato" con lo Stato democratico di di-

ta dall'Enciclopedia del diritto Giuffrè, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970.

¹¹ Sul tema cfr., da ultimo, C. AQUILI, *L'immunità delle "alte cariche" e la lesione del diritto di difesa: la pronuncia della Corte sulla legge n.140 del 2003*, in www.amministrazioneincammino.it; G. AZZARITI, *Sospensione dei processi per le Alte cariche dello Stato e comunicati irrituali della Presidenza della Repubblica: "Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; S. CURRERI, *Prime riflessioni sulla sentenza 20 gennaio 2004, n.24 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*;

A. CELOTTO, *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio*, Nel diritto Editore, Biblioteca delle idee, Roma, 2009; G. DEMURO, *Lodo Alfano: guarentigie e assenza di ratio derogatoria*, in www.astrid-online.it, 4.12.2009; A. PUGIOTTO, *Sull'immunità delle "alte cariche" una sentenza di "mezzi silenzi"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; G. M. SALERNO, *La sospensione dei processi penali a carico delle alte cariche dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 8 del 22.4.2009; F. SORRENTINO, *La corte e l'eguaglianza: la sospensione dei processi nei confronti delle alte cariche tra la sentenza n. 24 del 2004 e la sentenza n. 262 del 2009*, in www.impegnopubblico.it (rinvenibile anche in A. CELOTTO, *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio*, ult. op. cit.); G. E. VIGEVANO, *La sospensione dei processi per le alte cariche tra personalizzazione delle istituzioni e mito del capo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.



ritto vanno risolti positivamente solo nella misura in cui lo Stato non sia considerato come un valore in sé, ma come un ordinamento giuridico finalizzato a inverare il principio personalista, principale architrave di ogni democrazia matura; ovvero, a riconoscere e garantire i diritti inviolabili della persona umana, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità.

Dunque, la deroga all'ordinario funzionamento della giustizia per "*ragion di Stato*", potrà essere considerata conforme a Costituzione, in questa prospettiva, solo se: volta a tutelare un bene giuridico costituzionale bilanciabile con il bene costituzionale (o i beni costituzionali) compreso (o compresi) dalla deroga; di dimensioni congrue rispetto alle esigenze di tutela del bene costituzionale in questione, secondo criteri di ragionevolezza, razionalità e proporzionalità; di durata strettamente necessaria alla tutela del bene costituzionale in questione; introdotta con l. cost.

negli ordinamenti caratterizzati da una Costituzione rigida.

Diversa è la questione concernente un eventuale abuso o uso illegittimo di tali discipline derogatorie, che dovrà essere reso giustiziabile in una adeguata sede politica e/o giurisdizionale.

Nel rispetto dei principî e dei criteri su indicati, non credo possa destare alcuno scandalo la previsione di istituti di giustizia politica, che anzi possono in tal caso persino costituire un'utile e benefica garanzia di importanti valori costituzionali.

Compito dei legislatori costituzionali è pertanto quello - non facile, né popolare - di elaborare soluzioni che realizzino un efficace bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti; mentre, compito dei giudici costituzionali sarà non solo quello di verificare la conformità a Costituzione di tali discipline derogatorie, ma anche quello di verificare che l'utilizzo di tali Istituti di garanzia non avvenga in modo illegittimo.

«.....GA.....»

LA PROMOZIONE DELLA RAPPRESENTANZA DI GENERE TRA IPOTESI DI AZIONI POSITIVE E NORMATIVE ANTIDISCRIMINATORIE

del Dott. Alfonso Maresca

L'accesso alle cariche elettive da parte delle donne non è mai stato agevole nel nostro Paese, e ciò per problematiche di natura squisitamente sociologica. Sta di fatto che si è cercato di ovviare alle obiettive difficoltà legate alla carenza di rappresentatività femminile attraverso diverse interpretazioni del principio costituzionale di eguaglianza¹, di cui di volta in volta si è fatto interprete sia il nostro legislatore che la Corte costituzionale.

Il presente lavoro non ha certamente la pretesa di enucleare tutte le forme interpretative di tale principio in riferimento alla rappresentanza di genere, ma cerca piuttosto di mettere in luce, attraverso una disamina fortemente sintetica della questione, i risultati cui recentemente si è pervenuti e da cui si possono trarre utili e proficui spunti di sviluppo.

La C. cost. ci ha detto, leggendo, giustamente o meno, l'art. 117, co. 7 cost. che condizione necessaria per la conformità a Costituzione della legge elettorale regionale è che sia prevista qualche forma di garanzia per la rappresentanza di genere: si tratta della decisione n. 49 del 2003, che riprende e modifica un precedente orientamento giurisprudenziale, di segno negativo, racchiuso nella sentenza n. 422 del 1995².

*Il presente lavoro è in corso di pubblicazione in V. BALDINI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali nella società multiculturale*, 2010.

¹ Per una panoramica su tale principio, v. A. CERRI, voce, *Uguaglianza (principio costituzionale di)* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2005.

² Le due sentenze sono consultabili sul sito www.cortecostituzionale.it, ovvero www.giurcost.it. Nella sua ormai consolidata giurisprudenza, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto costituzionalmente illegittima dapprima la presenza di rigide quote di genere nelle liste elettorali (sent. 422/1995), poi in ogni caso la costituzione di liste composte da persona tutte appartenenti al medesimo genere (sent. 49/2003). Per un commento sulle due pronunce sia consentito rinviare,

Cosa significa dire che nella legge elettorale ci deve per forza essere una qualche forma di garanzia della rappresentanza di genere? Questo non significa che necessariamente ci debbono essere quote riservate alle donne³. Tale scelta è rimessa alla discrezionale valutazione politica dei Consigli. La Corte della rappresentanza di genere dà in fondo una lettura minimalista, imponendo solo che qualche misura di garanzia ci debba essere, senza dire quale.

Come si è risolto il problema inizialmente? Facendo il minimo indispensabile, e cioè prevedendo che le liste elettorali non possano non includere candidati di entrambi i sessi, salvando così la situazione con il minor sacrificio possibile dei principi racchiusi nell'art. 51 cost..

Come innanzi detto, i mezzi per attuare la parità effettiva tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive sono stati e possono essere di diverso tipo.

La tecnica prescelta del legislatore della legge elettorale della regione Campania (l. 27.3.2009 n. 4) è quella di predisporre condizioni generali volte a favorire il riequilibrio di genere nella rappresentanza politica, le quali comunque non devono incidere sulla parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale⁴.

re, rispettivamente a: U. DE SERVIO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *Giur. Cost.*, 1995, pp. 3268-3272; L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sent. n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. Cost.*, 2003, pp. 364-371.

³ Cfr. M. MONTALTI, *La rappresentanza dei sessi in politica diviene «rappresentanza protetta»: tra riforme e interpretazione costituzionale*, in *Le regioni*, 2003, pp. 491-531.

⁴ In ossequio al punto 3.1 del considerato in diritto nella sent. n. 49/2003. Per una panoramica sulle leggi elettorali e i risultati dell'elezioni regionali del 2005, v. G. BRUNELLI, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle regioni*, in www.forumcostituzionale.it.

La C. cost., con sentenza n. 4 del 2010⁵, ha sancito che la regola censurata non prefigura o altera il risultato elettorale, dal momento che l'espressione di una doppia preferenza è meramente facoltativa per l'elettore, che ben può decidere di votare un unico candidato. Solo se decide di avvalersi di una seconda preferenza allora l'elettore dovrà indicare un candidato della stessa lista ma di sesso opposto. Si tratta quindi di una misura proporzionale e non coattiva, promozionale e non costrittiva, che continua a garantire l'aleatorietà del risultato. Infatti, la norma offre solo possibilità di scelte aggiuntive agli elettori, ma non garantisce che l'obiettivo sia raggiunto.

A fronte della disamina delle modalità operative della suesaminata norma, sorge spontaneo interrogarsi sulla natura e sull'efficacia della stessa: siamo in presenza dunque di una azione positiva o di una norma antidiscriminatoria?⁶

Le azioni positive sono azioni approvate dal legislatore al fine di determinare una apparente discriminazione per favorire il supe-

ramento di una reale discriminazione⁷. Sicuramente esse sono più specifiche ed incisive di una norma antidiscriminatoria, dunque, in quanto quest'ultima si limita ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi di partecipare alle competizioni elettorali senza attribuire privilegi o favori⁸.

Mentre le prime si sostanziano in un trattamento diseguale e postulano la previsione di un particolare e differenziato vantaggio da attribuire ad un gruppo soltanto, le seconde si limiterebbero ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi di partecipare alle competizioni elettorali, senza attribuire privilegi o favori. Queste ultime possono essere qualificate anche come azioni positive atipiche, in quanto caratterizzate da una formulazione neutra. Se tale distinzione potesse essere realmente adoperata nella realtà concreta, si potrebbe evitare l'imbarazzo di voler espandere le tradizionali azioni positive classiche a qualsiasi soggetto debole, dal momento che le azioni antidiscriminatorie riguardano solo il tema della parità dei sessi⁹.

⁵ La C.cost. per la prima volta nella sua storia, ha giudicato una norma che ha previsto la c.d. preferenza di genere. In tale sentenza (n. 4/2010) la Corte ha statuito che. *“la regola censurata non è in alcun modo idonea a prefigurare un risultato elettorale o ad alterare artificiosamente la composizione della rappresentanza consiliare.”* In effetti: *“la nuova regola rende maggiormente possibile il riequilibrio, ma non lo impone. Si tratta quindi di una misura promozionale ma non coattiva.”*. Sottolinea altresì, la Corte che: *“Si tratta di una facoltà aggiuntiva, che allarga lo spettro delle possibili scelte elettorali – limitato ad una preferenza in quasi tutte le leggi elettorali regionali – introducendo, solo in questo ristretto ambito, una norma riequilibratrice volta ad ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva.”* In altri termini, vi è: *“... solo una eguaglianza di opportunità particolarmente rafforzata da una norma che promuove il riequilibrio di genere nella rappresentanza consiliare.”* Per un primo commento cfr. M. RAVERA, *Preferenza di genere: azione positiva o norma antidiscriminatoria?*, in www.federalismi.it, 3 febbraio 2010.

⁶ Sembra qui accolta la distinzione tra azioni positive vere e proprie e norme antidiscriminatorie. La nostra Corte Costituzionale, ha letto il divieto di discriminazione dirette di genere in termini tali da implicare, in funzione della garanzia della sua effettività, la necessità di misure di riequilibrio nella rappresentanza politica a favore delle donne, in M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, p. 34, ID., (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁷ Possono distinguersi, in relazione alla tipologia del loro intervento, tra azioni positive verticali, legate alla promozione dell'avanzamento femminile nelle gerarchie aziendali e nei ruoli di responsabilità, e azioni positive orizzontali finalizzate, invece, alla creazione di occupazione mista ed equilibrata in tutti i settori. Le azioni positive miste riguardano, invece, entrambi gli ambiti.

⁸ L'espressione azione positiva compare in Europa agli inizi degli anni ottanta come strumento per combattere le discriminazioni contro le lavoratrici e favorire l'attuazione dei principi di parità e pari opportunità tra uomini e donne. Tali azioni introdotte in Italia dalla l. n. 125/1991, ricettiva di una raccomandazione europea sull'argomento, agiscono come vere e proprie discriminazioni positive, che attraverso il rafforzamento della presenza delle donne, accelerano il processo di instaurazione di fatto dell'eguaglianza. Vds. in proposito P.L. PETRILLO, *Democrazia paritaria, «quote rosa» e nuovi statuti regionali*, in M. CARLI, G. CARPANI, A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 57.

⁹ Contesta la distinzione tra azioni positive e norme antidiscriminatorie A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, p. 434, nt 253. L'autore osserva che il concetto di azione positiva è un concetto “multicomprendivo” e “progressivo”.

La decisione dell'infondatezza della questione sollevata rappresenta l'ultimo atto del lungo percorso della giurisprudenza costituzionale in materia di accesso alle cariche elettive, iniziato con la storica sentenza n. 422 del 1995¹⁰.

In altri termini, le finalità perseguite dalle disposizioni impugnate sono svolgimento immediato del dovere fondamentale - che l'art. 3, co. 2, della Costituzione assegna alla Repubblica - di *“rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*.

Le *“azioni positive”*, infatti, sono il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate - fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel co. 1 dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) - al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico. Nel caso di specie, le *“azioni positive”* disciplinate dalle disposizioni impugnate sono dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale. A tal fine è prevista, in relazione a un settore di attività caratterizzato da una composizione personale che rivela un manifesto squilibrio a danno dei soggetti di sesso femminile, l'adozione di un trattamento di favore nei confronti di una categoria di persone, le donne, che, sulla base di una non irragionevole valutazione operata dal legislatore, hanno subito in passato discriminazioni di ordine sociale e

¹⁰ In quella sentenza la Corte dichiarò l'illegittimità della legislazione elettorale che introduceva *“le quote”* riservate alle donne, sulla base dell'assunto che le stesse quote non si proponevano di rimuovere gli ostacoli che impedivano alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di *“attribuire loro direttamente quei risultati medesimi.”*

culturale e, tuttora, sono soggette al pericolo di analoghe discriminazioni.

Trattandosi di misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità, le *“azioni positive”* comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, co. 1, della Costituzione.

Ma tali differenziazioni, proprio perché presuppongono l'esistenza storica di discriminazioni attinenti al ruolo sociale di determinate categorie di persone e proprio perché sono dirette a superare discriminazioni afferenti a condizioni personali (sesso) in ragione della garanzia effettiva del valore costituzionale primario della *“pari dignità sociale”*, esigono che la loro attuazione non possa subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del Paese. Infatti, se ne fosse messa in pericolo l'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, il rischio che le *“azioni positive”* si trasformino in fattori (aggiuntivi) di disparità di trattamento, non più giustificate dall'imperativo costituzionale di riequilibrare posizioni di svantaggio sociale legate alla condizione personale dell'essere donna, sarebbe di tutta evidenza.

Ciò non toglie che nel programma di *“azioni positive”* previsto, in conformità alla precisa indicazione costituzionale che ne affida il compito alla *“Repubblica”*, siano coinvolti anche soggetti pubblici diversi dallo Stato (regioni e province autonome). Ma un coinvolgimento del genere, come la Corte non ha mai mancato di affermare (v., da ultimo, sent. n. 281 del 1992), è costituzionalmente possibile soltanto all'interno di un quadro diretto a garantire un'effettiva coerenza di obiettivi e di comportamenti.

Questo non significa, tuttavia, che specifiche misure antidiscriminatorie non possano essere introdotte, al fine di favorire, nel momento della selezione delle candidature, una adeguata presenza femminile. Tale secondo tipo di disposizioni non incide direttamente sull'elettorato, dal momento che non garantisce l'elezione di una quota assicurata di ciascun sesso, ma si limita a promuovere una



«offerta politica» differenziata anche in base al genere, lasciando poi l'elettore libero di farsi rappresentare da chi vuole.

È a questo secondo modello che si ispira, ad esempio, la norma antidiscriminatoria contenuta nella l. regionale n. 21/2003 della Valle d'Aosta, la quale prescrive che ciascuna lista deve obbligatoriamente contenere, a pena di esclusione dalla competizione elettorale, «candidati di entrambi i sessi. Tale disposizione, a differenza di quella ricordata in precedenza, non incide direttamente sull'elettorato passivo, dal momento che ogni elettore è poi libero di dare la preferenza a un candidato dell'uno o dell'altro sesso. Si tratta, in definitiva, di un mero criterio di selezione delle candidature, che non crea alcun automatismo nella formazione della rappresentanza. La C. cost., nuovamente investita del problema, ha dichiarato l'infondatezza della questione sollevata in merito alla citata disposizione valdostana (sent. n. 49/2003), mostrando di aderire all'orientamento di chi distingue tra le azioni positive in senso stretto (inammissibili, in quanto si sostanziano in un trattamento disuguale dei due sessi rispetto all'accesso alla rappresentanza) e le mere misure antidiscriminatorie (ammissibili, in quanto si limitano ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi il diritto di partecipare alle competizioni elettorali, senza attribuire privilegi o favori)¹¹.

La Corte, pertanto, mostra di considerare legittime soltanto le misure dirette ad assicurare ai cittadini di entrambi i sessi il diritto di partecipare alle competizioni elettorali. Giudica invece illegittima ogni misura diretta ad assicurare alle donne, nella sfera della rappresentanza politica, una speciale protezione in quanto soggetti «deboli» o «minoritari», attraverso vere e proprie azioni positive, che appaiono al giudice costituzionale apertamente minacciose nei confronti di quella concezione «universale» della rappresentanza cui si è fatto cenno.

Il quadro costituzionale di riferimento non è stato modificato in seguito alla revisione

¹¹ Distingue fra «riserve di liste» ammissibili e «quote» in senso vero e proprio lesive di principi costituzionali, M. D'AMICO, *Il legislatore reintroduce le "quote rosa"?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 438.

dell'art. 51 cost.¹² Tale disposizione, che stabilisce il diritto di «tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso» di «accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge», è stata integrata nel 2003¹³ con una ulteriore prescrizione, a norma della quale «a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

Se correttamente inquadrato, tale nuovo principio costituzionale si armonizza perfettamente con il quadro di riferimento che si è presentato sopra. Non è stata infatti toccata la concezione costituzionale tradizionale in merito alla universalità e generalità della rappresentanza politica, la quale continua a fondarsi su una rigida applicazione del principio di uguaglianza formale, che non ammette l'introduzione di «quote di genere». Viene invece esplicitamente codificata la garanzia delle «pari opportunità»¹⁴, che peraltro era comunque ricavabile, anche prima della revisione, dall'art. 3 co. 1 cost. («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso ...»). Tale garanzia può essere perseguita at-

¹² Ragionando sull'impatto della riforma costituzionale, la dottrina si è divisa nella valutazione degli strumenti volti ad incidere direttamente sulle regole elettorali e di quelli volti ad operare a monte, in particolare sui partiti che decidono le sorti delle candidature. Alcuni autori affermano di ritenere preferibili solo quest'ultimo tipo di strumenti, gli unici che garantiscono il rispetto del pluralismo e dell'eguaglianza; altri autori sono favorevoli a strumenti inseriti direttamente nella legislazione elettorale, vds. in proposito, M. D'AMICO, *Il Rappresentanza politica e genere*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto discriminatorio*, cit., pp. 360-365.

¹³ Si cfr. le osservazioni che parte della dottrina effettuano v.: G. BRUNELLI, *Un «ombrello» costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 615-617; A. DEFFENU, *La revisione virtuale dell'art. 51 Cost.*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 617-619; A. POGGI, *Sulla riforma dell'art. 51 Cost.: le quote alla prova della democrazia pluralista*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 619-621, da ultimo, v. O. POLLICINO, *Storia (e conseguenze) di "uno strabismo logico": la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quad. reg.*, 2004, pp. 93-95.

¹⁴ E. CASTELLANI, *La legislazione elettorale regionale con riferimento al principio delle pari opportunità*, in P. Caretti, *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi Statuti regionali*. Torino, 2006, pp. 155-170.

traverso misure diverse sia per qualità che per intensità, tutte però ispirate al principio che ammette la massima estensione del pluralismo di genere nell'offerta politica, ma vieta qualsiasi rigida corrispondenza tra quota di genere nelle candidature e quota di genere tra gli eletti¹⁵.

Fino ad oggi, in Italia, le uniche misure antidiscriminatorie concretamente introdotte riguardano la formazione dei consigli regionali. In tale materia, infatti, sono le singole regioni ad avere, oggi, la competenza legislativa. Si attende tuttora dal Parlamento nazionale un significativo e doveroso intervento – diverso ovviamente da quello già bocciato dalla C. cost. nel 1993 – per ciò che concerne le elezioni politiche e quelle degli enti locali.

Varie sono le soluzioni tecniche concretamente escogitate dalle singole regioni. Alcune sono risultate più efficaci, altre meno. Alcune fanno leva su vincoli legislativi (obbligo di presentare liste con una certa quota minima di candidati di ciascun sesso), altre tendono a mettere in moto meccanismi volontari. Queste ultime, in particolare, si sostanziano in misure disincentivanti (penalizzazioni economiche per le forze politiche che non assicurano una sufficiente presenza femminile fra i candidati, o interventi sul meccanismo di distribuzione del finanziamento pubblico ai partiti), che dovrebbero indurre le forze politiche a scegliere autonomamente la via di una rappresentanza più equilibrata per genere. I risultati che si sono registrati, peraltro, non appaiono, per il momento, particolarmente confortanti.

La rappresentanza politica femminile è oggi, in Italia, ancora gravemente minoritaria. La cittadinanza politica delle donne risulta quindi ancora sostanzialmente affievolita, anche se sul piano formale esse godono degli stessi diritti di partecipazione che spettano ai cittadini di sesso maschile¹⁶. Le cause di tale

¹⁵ Tale modifica-integrazione della Carta Costituzionale contribuisce a fornire una copertura costituzionale a tutti i provvedimenti sia di rango legislativo che di rango regolamentare che fossero finalizzati a garantire forme di paritaria partecipazione tra donne e uomini.

¹⁶ Sul finire della XIV legislatura è stato approvato il codice delle pari opportunità (d. lgs. n. 198/2006), il quale si prefigge di razionalizzare le disposizioni relative agli strumenti che contrastano le discriminazioni

ritardo, peraltro, sono assai difficili da estirpare, in quanto affondano le loro profonde e solide radici nella struttura sociale del Paese e nei meccanismi dell'organizzazione partitica.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo, in particolare, la disparità nella distribuzione delle risorse di tempo e di denaro che, nella società attuale, appare fortemente inegualitaria a danno del genere femminile.

Sotto il secondo profilo, traspare l'evidente penalizzazione che le donne sono costrette a subire, all'interno dei partiti nei quali militano¹⁷, nell'accesso alle posizioni di vertice e nella disponibilità delle ingenti risorse finanziarie necessarie per affrontare sempre più costose campagne elettorali.

Quello che gli uomini esercitano sulla c.d. classe politica è una sorta di monopolio. È chiaro che i monopoli possono essere spezzati soltanto a partire dall'introduzione di norme *antitrust*.

Le misure antidiscriminatorie cui si è fatto cenno in precedenza (con le necessarie limitazioni di cui si è detto, dipendenti dalle particolarità di quella peculiare forma di mercato che è il «mercato politico») sono da considerare appunto, in tutto e per tutto, «*regole anti-trust*». Nessuna norma *antitrust*, tuttavia, può bastare da sola.

Nei Paesi in cui da più tempo la presenza femminile nelle istituzioni è a un livello paragonabile a quella maschile¹⁸, tale risultato è stato ottenuto non tanto (o comunque non solo) in virtù di più o meno efficienti «*quote ri-*

basate sul sesso e su un'altra serie di elementi, riprendendo anche la disciplina comunitaria in materia. A tal proposito lo scritto di S. RAGONE e F. PASTORE, *Voto di preferenza e rappresentanza di genere nella legislazione elettorale regionale*, in www.amministrazioneincammino.it, evidenzia che le disposizioni indirizzate a una più equa ripartizione dei seggi provengono da una molteplicità di fonti di rango costituzionale ma non solo.

¹⁷ R. TOSI, *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Giapichelli, Torino, 2003, pp. 105-111. È necessario sottolineare come una concezione che postuli la rappresentanza dei gruppi almeno in parte commisurata alla loro esistenza in seno alla società, porti oltretutto a far acquisire quell'autonomia decisoria che consenta loro di reagire rapidamente ai problemi che si verificano.

¹⁸ Si pensi alla Svezia, ove la presenza femminile nelle assemblee elettive è del 47%.



servate»¹⁹, ma piuttosto grazie alla forza politica reale che, progressivamente, le donne hanno saputo conquistarsi in termini di relazioni, di legami, di capacità di conquistare la fiducia degli elettori. Le quote rappresentano un essenziale strumento di breve periodo, di-

¹⁹ In merito effettua una breve *excursus* sulle legislazioni dei vari Paesi, M. D'AMICO, *Rappresentanza politica e genere*, cit., pp. 350-354.

retto a superare un momento di difficoltà nell'accesso alla politica²⁰.

Nel lungo periodo altri e ben più complessi sono i meccanismi sociali con cui si può garantire un adeguato consolidamento della pari dignità nella cittadinanza politica.

²⁰ Cfr. I. SALZA, *Le regole sulla partecipazione delle donne in politica: dalle cosiddette «quote rosa» al rinnovato quadro costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, pp. 81-108.

«.....GA.....»

IL RIPARTO DELLE FUNZIONI AMMINISTRATIVE (E LEGISLATIVE): DALL'ORIGINARIO DISEGNO COSTITUZIONALE AGLI ATTUALI PROFILI PROBLEMATICI

del Dott. Alfonso Vuolo

1. – Il riparto delle funzioni amministrative tra gli enti in cui è articolata la Repubblica (comuni, province, città metropolitane, regioni, Stato, ai sensi del vigente art. 114 della Costituzione) pretende necessariamente alcuni chiarimenti riguardo alla distribuzione delle competenze legislative tra Regioni e Stato, essendo i due argomenti, in verità, da sempre profondamente intrecciati.

Fin dall'entrata in vigore nel 1948 della Costituzione repubblicana fu, infatti, messa in evidenza la relazione tra gli artt. 117 e 118. Spingeva in tale direzione – a parte altre considerazioni – il fatto che alle regioni erano (e sono tuttora) riconosciute sul piano legislativo competenze in materie che possono senz'altro essere ascritte all'universo del diritto amministrativo, restando loro precluse il diritto civile, penale e quello processuale.

Per dirla con le parole di Falcon, la competenza legislativa regionale consiste essenzialmente nella disciplina dei rapporti amministrativi.

È, pertanto, inevitabile prendere le mosse dal riparto della potestà legislativa, sul quale mi limiterò a ripercorrere rapidamente alcune fasi con riferimento alle regioni di diritto comune.

2. – L'art. 117 della Costituzione, in origine, stabiliva che in materie elencate le regioni potevano emanare norme legislative in attuazione dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi (quadro o cornice) dello Stato (potestà legislativa "concorrente"). Al di fuori di questo elenco di materie era facoltà del legislatore statale demandare alle regioni il potere di emanare norme di attuazione (potestà attuativa).

Per quanto concerne le funzioni amministrative era invece stabilito il principio del parallelismo, in base al quale alle regioni spettavano funzioni amministrative nelle stesse materie in cui avevano potestà concorrente.

Siffatto principio poteva però essere derogato: innanzitutto, le funzioni di interesse esclusivamente locale, riconducibili alle materie di legislazione concorrente, potevano essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle province, ai comuni o ad altri enti locali (deroga "per difetto", per mutuare l'espressione di D'Atena); inoltre, il legislatore statale poteva con legge delegare alla regione l'esercizio di altre funzioni amministrative (deroga "per eccesso"); infine, la regione, a cui spettava il ruolo di ente di programmazione, avrebbe esercitato normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle pro-

vince, ai comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici. In questo quadro si collocava poi l'art. 128 secondo il quale le province e i comuni erano enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica.

È, dunque, chiaro che erano insiti già al disegno costituzionale originario criteri che, a fronte di un tendenziale rigidità del riparto delle competenze normative, favorissero la mobilità nell'allocazione delle funzioni amministrative, riconoscendosi un particolare rilievo al ruolo del legislatore, specialmente quello statale.

3. – È avvenuto, poi, che queste funzioni, essendo detenute fino a quel momento da organi statali, centrali o periferici, dovevano essere conferite alle autonomie territoriali.

Al riguardo si segnalano diverse fasi.

Dapprima, con l'art. 17, l. 281/1970, il Governo fu delegato all'adozione di decreti di conferimento, che furono emanati nel 1972. Con la legge delega 382/1975 seguì, poi, il d.P.R. 616/1977, il quale segnò una svolta: mentre fino a quel momento le funzioni erano state allocate presso i diversi livelli di governo, tenendo conto precipuamente delle competenze degli apparati ministeriali, accadde che da quel momento le funzioni furono realmente trasferite per "settori organici" ("ordinamento ed organizzazione amministrativa", "servizi sociali", "sviluppo economico" ed "assetto ed utilizzazione del territorio"). Non mancarono, però, critiche in quanto il legislatore statale nell'individuare le funzioni amministrative "ritagliò" oltre misura gli ambiti materiali stabiliti nella Carta, favorendo, in tal modo, quel processo definito di "decostituzionalizzazione" delle materie, denunciato in dottrina ma assecondato dal Giudice delle leggi.

Si giunse poi alla legge n. 59/97 (c.d. "prima legge Bassanini"), che innescò un ulteriore decentramento, stavolta ispirato al principio di sussidiarietà secondo il quale tutte le funzioni dovevano essere conferite agli enti locali, a meno che non fosse richiesto l'esercizio unitario a livello regionale. Tale legge, per molti versi, anticipò i contenuti della l. cost. 3/2001: il conferimento interessò

funzioni e compiti riconducibili inerenti qualsiasi materia (eccetto quelle espressamente escluse), tanto da riconoscersi alle regioni la potestà attuativa relativamente alle funzioni non riconducibili all'elenco di materie di cui all'art. 117, c. 1 (art. 2, co. 1).

Nella legge è precisato il concetto di "conferimento", che racchiude tre modalità di allocazione della funzione amministrativa: *trasferimento*, per cui la titolarità della funzione, fino a quel momento detenuta dallo Stato, viene trasferita ad un ente sub-statale; *delega*, per cui il delegante resta titolare della funzione e ne affida il solo esercizio ad altro ente, riservandosi, peraltro, poteri di indirizzo e controllo; *attribuzione*, che riguarda funzioni amministrative nuove, fino a quel momento a nessuno spettante.

Il "percorso" del conferimento delle funzioni fu identico ai precedenti dal momento che si realizzò attraverso una delega legislativa al Governo. Alla legge n. 59/97 seguirono più decreti legislativi, il più importante dei quali fu il n. 112/98, che riguardò la generalità delle funzioni amministrative, mentre altri ebbero ad oggetto settori specifici, quali, ad esempio, l'agricoltura.

Entrati in vigore i decreti legislativi, la regione, entro sei mesi, avrebbe dovuto, con propria legge, stabilire le funzioni da trattene-re a livello regionale e quelle, invece, da "consegnare" agli enti sub-regionali. Essendo rimaste inadempienti alcune regioni, il Governo si sostituì con l'emanazione di alcuni decreti legislativi (tra cui il n. 96/99), la cui incompatibilità col dettato costituzionale fu esclusa in ragione del fatto che, al di là di altre considerazioni, i decreti sostitutivi si sarebbero applicati fintantoché la regione non avesse provveduto ad adottare la propria legge in materia (sentenza della Corte n. 408/98).

Il concreto esercizio delle funzioni conferite con i decreti legislativi e le leggi regionali, tuttavia, era soggetto alla condizione sospensiva del trasferimento anche delle risorse umane ed economiche, da effettuarsi con decreti del Presidente del consiglio dei Ministri (art. 7, d. lgs. 112/1998), che sono poi intervenuti in larga parte a distanza di alcuni anni, a seconda della materia e del settore di rife-

rimento.

4. – Venendo alla riforma costituzionale del 2001, è indispensabile prendere le mosse dal riparto della potestà legislativa, dovendosi immaginare tre distinti blocchi di materie.

Il primo è costituito da materie enumerate in Costituzione (difesa, sicurezza, ordine pubblico, ordinamento civile, ordinamento processuale, immigrazione, moneta, concorrenza, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, tutela dell'ambiente, tutela dei beni culturali, ecc.) in cui lo Stato ha potestà esclusiva (art. 117, seconda comma).

Nel secondo blocco vi sono materie (tutela della salute, valorizzazione dei beni culturali, valorizzazione dell'ambiente, casse rurali, casse di risparmio, governo del territorio, trasporto, ordinamento della comunicazione, ecc.) di potestà concorrente, laddove lo Stato detta con legge i principi fondamentali della materia che poi la regione sviluppa con norme così dette “*di dettaglio*” (art. 117, co. 3).

Il terzo è una sorta di contenitore vuoto, che identifica la c.d. potestà residuale delle regioni: in altri termini, tutte le materie non precedentemente elencate, quelle che quindi non appartengono né alla potestà esclusiva dello Stato né a quella concorrente, sono di spettanza della sola regione (art. 117, co. 4), fermi restando i limiti generali stabiliti (anche per il legislatore statale) al primo comma dell'art. 117, ovverosia il rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali.

Dal raffronto delle due formulazioni (abrogata e vigente) dell'art. 117 emerge il capovolgimento dell'impostazione nel riparto della funzione legislativa. Mentre prima era delimitato il campo materiale in cui le regioni avrebbero potuto legiferare (e per di più in osservanza dei principi dettati dal legislatore statale), oggi invece accade il contrario essendo la competenza statale circoscritta in un elenco di materie mentre tutte le altre sono di spettanza regionale, eccetto quelle “*condivise*” di legislazione concorrente.

È stato affermato, in maniera suggestiva, che la competenza legislativa delle regioni è

la regola, quella statale costituisce un'eccezione.

Può, dunque, dirsi che la *ratio* della riforma è quella di favorire un ampliamento delle competenze normative delle autonomie regionali, peraltro non limitato al livello legislativo: è sancito, infatti, che lo Stato possa intervenire con atti sub-legislativi solo nelle materie di spettanza esclusiva, mentre in tutte le altre (concorrenti e residuali) è solo la regione ad essere dotata di potestà regolamentare (art. 117, co. 6).

Anche in questo si coglie una traccia dell'ulteriore arretramento delle competenze statali.

Quando poi ci si sposta sul piano amministrativo risulta evidente che, se lo Stato nelle materie residuali (art. 117, co. 4) non può intervenire né con legge né con regolamento, a maggior ragione non può esercitare funzioni amministrative: parimenti accade in quelle concorrenti dove può solo limitarsi all'individuazione, con legge, di principi fondamentali della disciplina.

Come il più comprende il meno, se alle regioni spetta la materia “*ordinamento professionale*”, in quanto non compresa negli elenchi di cui ai coo. 2 e 3 dell'art. 117, le relative funzioni amministrative non possono essere allocate presso il livello statale: altrimenti, sarebbe palese la incongruenza di avere, in questa materia, apparati statali titolari di potestà amministrative in un quadro legislativo prettamente regionale. Per cui le regioni nelle materie di competenza residuale sono competenti anche per l'allocazione (ed eventualmente per l'esercizio) delle funzioni amministrative.

5. – Lo schema brevemente tratteggiato appare di facilissima comprensione: tuttavia, ha subito delle profonde alterazioni secondo alcuni autori (aggiustamenti necessari, a parere di altri) alla luce di quella che è stata la successiva giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Questo sistema di riparto, fondato sostanzialmente sul criterio delle materie, non ha retto. Innanzitutto, l'elenco delle materie è talmente eterogeneo che già si presta ad una serie di formidabili contraddizioni. Si pensi,

da una parte, allo Stato che ha potestà esclusiva per quanto concerne la “*tutela dell’ambiente e dei beni culturali*” e, dall’altra, la regione che con lo Stato ha potestà concorrente per la “*valorizzazione dei beni ambientali e culturali*”. Ancora, lo Stato ha potestà esclusiva per quanto concerne le “*norme generali sull’istruzione*”, mentre la stessa “*istruzione*” e “*l’ordinamento scolastico*” sono comprese, invece, nell’elenco delle materie di potestà concorrente. Si tratta, evidentemente, di aporie lessicali tali da pretendere sofisticate opere di razionalizzazione da parte del Giudice costituzionale, come nel caso in cui è stato precisato che un oggetto di disciplina normativa non può ritenersi affidato alla legislazione residuale per il solo fatto che non sia immediatamente riferibile a una delle materie elencate nei commi 2 e 3 dell’art. 117: in tal caso occorre affidarsi al “*criterio di prevalenza*”, laddove il nucleo essenziale di una disciplina appartenga ad una materia piuttosto che ad altre (sentenza n. 370/2003, 50/2005) e, ove ciò non sia possibile, la concorrenza di diversi titoli di competenza legislativa dovrà essere composta mediante il ricorso a moduli concertativi improntati al criterio di leale collaborazione (sentenza 219/2005).

Il quadro tende a complicarsi, peraltro, se si considera che nell’ambito della potestà esclusiva dello Stato compaiono le cosiddette “*materie trasversali*” o “*non-materie*” (sentenza 407/2002), ossia locuzioni che individuano funzioni-obiettivo che favoriscono “*sconfinamenti*” in qualsiasi settore materiale (si pensi all’ordinamento penale, alla determinazione dei livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali, o, ancora, alla concorrenza).

6. – Ancora, questo rigido riparto di separazione delle competenze in base al criterio delle materie era destinato a essere travolto dalla fondamentale sentenza n. 303/2003, con la quale la Corte costituzionale ha giustificato la c.d. attrazione in sussidiarietà della funzione amministrativa da parte dello Stato.

Ciò avviene per effetto della lettura congiunta degli artt. 117 e 118: il primo, come visto, riguarda il riparto della potestà legisla-

tiva, il secondo, invece, interessa la potestà amministrativa, stabilendo che le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Inoltre, i comuni e le province sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale.

L’art. 118 esprime la specifica esigenza di allocare le funzioni amministrative al livello di governo più vicino ai consociati: il comune, dunque, è normalmente deputato all’esercizio delle funzioni amministrative. Il principio, estremamente chiaro nella sua enunciazione (e che dovrebbe segnare la fine del parallelismo), tuttavia, può in concreto essere derogato per espressa previsione costituzionale, quando sia in gioco la necessità di un esercizio unitario della funzione amministrativa che può essere attratta, come detto, su livelli superiori, ossia la provincia, la regione o addirittura lo Stato, attrazione che deve avvenire con legge statale o regionale (riserva di legge).

Ma in questi termini si parla sempre del riparto della funzione amministrativa, non di quella legislativa.

Con la sentenza-sistema n. 303/2003, la C. cost. ha sviluppato un ragionamento molto raffinato, secondo il quale, se è vero che le funzioni amministrative devono essere in linea tendenziale attribuite ai comuni, è altrettanto vero che ben può essere giustificata per esigenze unitarie un’attrazione verso l’alto di alcune di esse. Ma se lo Stato attira a sé una funzione amministrativa, magari in una materia di potestà legislativa concorrente, è poi possibile che questa venga regolata da ciascuna regione in modo differente? Sarebbe profondamente illogico immaginare che gli apparati statali debbano dare attuazione in ogni territorio regionale ad una normativa diversa. Secondo la Corte, se è vero che lo Stato può attirare verso l’alto una funzione amministrativa, questa implica il traino anche di quella legislativa; in tal modo, per un verso, è osservato il principio di legalità (ma, secondo altri, si tratterebbe, invero, della esigenza di assicurare l’esercizio unitario), secondo cui

le funzioni amministrative devono essere regolate da una previa norma di legge, e, per l'altro, sono assicurati il buon andamento e l'efficienza della pubblica amministrazione.

In definitiva, secondo la C. cost., se il legislatore statale è abilitato a individuare funzioni amministrative che richiedono un esercizio unitario, ciò può avvenire, evidentemente, anche per funzioni amministrative riconducibili a materie di potestà concorrente.

Si pensi, ad esempio, alla materia “governo del territorio”, in cui rientrano pacificamente sia l'urbanistica che l'edilizia. Per il rilascio dei titoli edilizi, che è un segmento di tale materia, vi è una normativa statale (il d.P.R. 380/2001, recante “Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”) ed alcune leggi regionali che hanno dato attuazione ed ulteriore specificazione ai principi statali. Immaginiamo per un momento che il legislatore statale preveda che, a partire dal 4.11.2008, il rilascio dei permessi di costruire in deroga non compete più ai comuni ma al ministero delle infrastrutture per un'esigenza unitaria. A questo punto, secondo l'avviso del Giudice costituzionale, non è possibile che il ministero eserciti la funzione amministrativa in questione sulla base di una normativa di dettaglio che cambia da regione a regione. Ne consegue, quindi, che, da un lato, i comuni non saranno più titolari di questa funzione e, dall'altro, che la regione viene estromessa dalla disciplina legislativa della funzione medesima.

L'effetto sarà, appunto, che lo Stato provvede sia in via legislativa che in via amministrativa: si è parlato di “parallelismo redivivo” ma, stavolta, invertito. Ne consegue, come è stato da più parti sottolineato, il ribaltamento di un altro principio che connota il nostro ordinamento, secondo cui normalmente è l'attività amministrativa che si fonda su previsioni legislative.

Così ragionando, sul testuale criterio (statico) delle materie, fissate in relazione alla funzione legislativa, si innesta quello (mobile) della dimensione degli interessi, derivante precipuamente dal riparto delle funzioni amministrative.

7. – All'indomani della pronuncia alcuni

commentatori avevano ritenuto che in questo modo la Corte avesse messo a riparo le materie residuali di cui al quarto comma dell'art. 117, probabilmente scorgendosi la *ratio* nel fatto che il legislatore costituzionale avesse compiuto una valutazione sulla “dimensione” degli interessi che si potevano concentrare in relazione a ciascuna materia, estromettendo, una volta per tutte, lo Stato da quelle non elencate. Questa ricostruzione, tuttavia, è stata smentita dalla successiva giurisprudenza della Corte, la quale ha esteso il meccanismo anche alle materie residuali.

Tutto ciò potrebbe implicare, nella sostanza, lo svuotamento delle competenze riconosciute alla regione a livello legislativo e agli enti locali a livello amministrativo, sol che lo Stato lo voglia.

La Corte, al riguardo, introduce degli accorgimenti, prevedendo che il meccanismo possa operare solo in presenza di determinate condizioni. La prima è che siano effettivamente motivate le esigenze unitarie che giustificano l'attrazione verso l'alto. In secondo luogo, spetta al Giudice delle leggi uno scrutinio stretto di ragionevolezza sull'applicazione del meccanismo, ciò che precluderebbe ad un controllo penetrante (in realtà molto difficile) sulle scelte del legislatore statale di allocare su livelli diversi da quello comunale la funzione amministrativa. Infine, secondo la Corte, la legge statale che attrae la funzione amministrativa deve prevedere l'adeguato coinvolgimento procedimentale della regione nell'esercizio delle funzioni amministrative medesima (sentenze 303/2003, 6/2004).

Analoghi svolgimenti possono aversi in ambito endoregionale.

Ad avviso della Consulta, infatti, la disciplina di una funzione amministrativa riconosciuta ai comuni può anche essere sottoposta a riserva assoluta di legge regionale per espressa previsione dello Statuto, qualora lo richiedano esigenze unitarie, estromettendo in tal modo la disciplina regolamentare dell'ente locale, pure prevista dall'art. 117, comma 6. È stato affermato che, “negando tale facoltà si porrebbe, infatti, all'assurda conclusione che, al fine di evitare la compromissione di precisi interessi unitari che postulano il compimento di determinate attività in modo

sostanzialmente uniforme, il legislatore regionale non avrebbe altra scelta che allocare le funzioni in questione ad un livello di governo più comprensivo, assicurandone così l'esercizio unitario. Il che sarebbe chiaramente sproporzionato rispetto al fine da raggiungere e contrastante con lo stesso principio di sussidiarietà” (sentenza n. 372/2004).

8. – La suddivisione delle competenze, dunque, non è rigida, come potrebbe evincersi, invece, dalla lettura del testo costituzionale novellato. La mobilità del riparto della funzione legislativa, invero, può anche operare nell'altra direzione, nel senso che la regione può intervenire anche in alcune materie di competenza legislativa esclusiva statale, al di fuori dei casi di delega (regolamentare) prevista dal sesto comma dell'art. 117. Ciò è accaduto, finora, limitatamente alle materie tutela dell'ambiente e tutela dei beni culturali.

In particolare, con la sentenza n. 407/2002 la Corte nell'affermare che la tutela dell'ambiente è un principio costituzionale, consacrato all'art. 9 della Costituzione, ha ritenuto che non si può pensare che la relativa tutela sia ad esclusivo appannaggio delle norme statali; pertanto, pur essendo la materia formalmente di potestà esclusiva dello Stato, le regioni possono intervenire in via legislativa se intendono aggiungere livelli ulteriori di protezione del valore ambiente scolpito in Costituzione.

9. – Va qui sottolineato anche un altro aspetto che interessa, specificamente, la legislazione concorrente, la quale si caratterizza per un riparto verticale, sostanzialmente artificioso, perché è arduo individuare una netta linea di confine, in virtù della quale, da una parte, vi sono i principi fondamentali (dettati con legge dello Stato) e, dall'altra, le norme di dettaglio (poste dalle regioni).

Se, poi, teniamo in conto la prassi legislativa, ci accorgiamo di sensibili deviazioni dal modello astratto disegnato in Costituzione.

Il T.U. dell'edilizia ci consente di toccare con mano l'estrema duttilità del principio in una materia di potestà ripartita: mi riferisco, in particolare, ai titoli edilizi ed alle categorie di opere che vi sono soggette.

Nel citato testo unico si prevede che gli interventi edilizi più rilevanti (nuova costruzione, ristrutturazione urbanistica, ristrutturazione edilizia c.d. “*pesante*”) sono assoggettati ad un titolo formale, il permesso di costruire, rilasciato dal comune. Per gli interventi edilizi minori (manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo, ristrutturazione edilizia c.d. “*conservativa*”) è invece sufficiente una denuncia di inizio attività, la quale abilita all'avvio delle opere, se, decorsi trenta giorni, il dirigente competente non abbia notificato all'interessato l'ordine motivato di non effettuare i lavori per assenza delle condizioni previste dalla normativa vigente.

Tuttavia, questa bipartizione dei titoli edilizi e delle categorie di intervento che vi sono soggette (a parte il rimescolamento già effettuato dal legislatore statale con la legge obiettivo 443/2001) può essere, poi, oggetto, per espressa previsione del legislatore statale, di diversa combinazione in ciascun ambito regionale. Il legislatore regionale, ad esempio, può stabilire che pure l'intervento di nuova costruzione è subordinato a denuncia di inizio attività, così come, per converso, può decidere che l'intervento di restauro e risanamento è assoggettato a permesso di costruire.

In questo caso, il principio può essere derogato per espressa volontà del legislatore statale, a conferma di declinazioni inedite del modello imperniato sulla ripartizione tra principio e norme di dettaglio.

10. – Altro problema che si è posto è se lo Stato in materie di potestà concorrente, oltre ai principi, possa stabilire anche norme di dettaglio aventi queste il carattere di cedevolezza, ossia tali da applicarsi fintanto che le regioni non approntino una propria normativa che sia conforme ai principi dettati dalla legge dello Stato.

Prima della riforma del 2001, la Corte Costituzionale aveva reputato compatibile col dettato costituzionale tale prassi forse, anche, in ragione delle abituali omissioni di cui si rendeva responsabile il legislatore regionale con l'effetto che, nelle materie di potestà concorrente, i principi fondamentali stabiliti con legge statale finivano col risultare privi di capacità applicativa (sentenza 482/1995).



Dopo l'entrata in vigore della l. n. 3/2001, il Giudice delle leggi ha affermato che lo Stato ora deve fissare soltanto i principi fondamentali, mentre le norme di attuazione sono di competenza della regione (sentenze nn. 303/2003, 371/2008). Tuttavia, proprio i fattori di mobilità innescati dal principio di sussidiarietà potrebbero indurre a nuove conclusioni anche in riferimento a questo specifico aspetto.

Salvi i casi in cui si dia recepimento a norme comunitarie nella quale ipotesi sono ammesse norme cedevoli (CdS, sez. atti normativi, 4.4.2005, n. 11996), resta, però, irrisolto il problema di come rendere operativi i principi della legislazione statale in caso di inerzia dei consigli regionali. È stato ipotizzato, in tal caso, il ricorso al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 della Costituzione: ciò significa che lo Stato non può porre subito le norme di dettaglio cedevoli ma solo successivamente alla constatata omissione della Regione.

A tal riguardo è molto complicato ricondurre ad unità le linee giurisprudenziali della Corte: è sufficiente considerare la pronuncia della C. cost. in materia di condono edilizio (sentenza 196/2004), che è utile per chiarire alcuni concetti che in qualche modo si è tentato di illustrare.

L'art. 32, d.l. n. 269/2003, introduceva una nuova sanatoria edilizia straordinaria.

Numerose regioni lo impugnarono davanti alla Corte costituzionale, sostenendo che non competesse allo Stato intervenire in materia di urbanistica: non essendo questa annoverata – diversamente da prima – nel testo costituzionale, era da ricondurre alla potestà residuale e, pur volendo comprenderla nella formula “*governo del territorio*” di cui al co. 3 dell'art. 117, in ogni caso, trattandosi di potestà concorrente, lo Stato non avrebbe potuto esaurire per intero la disciplina.

Secondo la Consulta la normativa impugnata interessava, innanzitutto, un intreccio di materie: non solo il governo del territorio, nel quale è compresa l'urbanistica, ma anche l'ordinamento penale, essendo prevista l'estinzione del reato edilizio mediante il pagamento dell'oblazione. Essendo quest'ultima una materia di potestà esclusiva dello

Stato, rientrava, secondo la Corte, nella discrezionalità del legislatore statale la possibilità di estinguere, a determinate condizioni, una condotta illecita e sotto questo aspetto la regione non poteva lamentare alcuna lesione delle prerogative costituzionalmente attribuite.

Per quanto concerne il recupero alla legalità del manufatto abusivo, al contrario, veniva in rilievo la differente materia “*governo del territorio*”, che comprende, ora, l'urbanistica. Trattandosi di potestà concorrente, lo Stato può porre i principi fondamentali che la regione deve sviluppare.

Così la Corte procedeva alla ricognizione dei principi desumibili dalla disciplina in materia che possono essere così riassunti: 1) l'individuazione del nuovo titolo edilizio (permesso in sanatoria straordinario), che si affianca agli altri già previsti dalla normativa vigente; 2) il limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili; 3) il livello massimo di volumetria o superficie dell'abuso edilizio sanabile.

Posto ciò, secondo il Giudice delle leggi, alle regioni sarebbe spettato intervenire in tutti gli altri ambiti (dunque, stabilire condizioni e modalità dell'ammissibilità a sanatoria di tutte le tipologie di abuso edilizio, fissare volumetrie sanabili inferiori, regolare diversamente l'istituto del silenzio-assenso). Il legislatore statale, inoltre, avrebbe dovuto stabilire un termine congruo entro il quale adottare le norme regionali di dettaglio con la conseguenza che, decorso inutilmente questo, la Regione non avrebbe potuto più legiferare sugli aspetti essenziali della disciplina (sentenza 49/2006) e, quindi, si sarebbero applicate – e questo è il punto di snodo – tutte le norme che lo Stato già aveva individuato con il proprio atto normativo.

È evidente come la rigidità del modello imperniato sulla separazione verticale di competenza, tra principi e norma di dettaglio, tenda sensibilmente ad attenuarsi nel caso concreto, ancorché debba essere tenuto nel debito conto l'eccezionalità della vicenda (sentenza 196/2004).

11. – La riforma costituzionale poteva ingenerare l'equivoco di ritenere che, per la

semplice circostanza dell'entrata in vigore della citata l. n. 3/2001, tutte le funzioni amministrative fossero automaticamente nella disponibilità del comune, con la conseguenza che l'intervento del legislatore statale o regionale si sarebbe reso indispensabile soltanto per far "risalire" determinate funzioni verso livelli di governo superiori al fine di garantirne l'esercizio unitario.

Si trattava di una lettura che evidentemente avrebbe dato luogo a disfunzioni di non poco momento. Questa tesi, infatti, è stata respinta sia dal legislatore statale che dalla Corte costituzionale.

Non solo, ma analogamente a quanto è accaduto nel passato, la l. n. 131/2003 (c.d. "legge La Loggia") nel delegare il Governo al conferimento di ulteriori funzioni amministrative, ha stabilito che l'esercizio di queste fosse possibile solo dalla data di entrata in vigore (non dei decreti delegati ma) dei provvedimenti di trasferimento del personale e delle risorse economiche, "fatte salve eventuali pronunce diverse della Corte Costituzionale" (art. 7, coo. 5 e 6).

In tal senso, si è affermato che l'art. 118, nel prevedere che ai comuni devono essere attribuite le funzioni amministrative, stabilisce semplicemente un principio al quale il legislatore (statale e regionale) deve attenersi, sicché è sempre sulla base di una previa norma di rango primario che la funzione venga attribuita al comune o ad altro ente locale (sentenza n. 43/2004). Dal che ne deriva il riconoscimento di un ruolo preminente alla legge dello Stato (relativamente alle funzioni riconducibili alle materie legislative di cui al secondo comma dell'art. 117) o della regione (con riguardo alle materie residuali e, normalmente, per quelle concorrenti, sentenza n. 336/2005).

12. – Con la legge costituzionale si è cercato di circoscrivere la discrezionalità del legislatore statale e di quello regionale nell'allocatione delle funzioni amministrative, fissando tre importanti principi: sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza.

La sussidiarietà, intesa in senso verticale, implica che il livello di governo più vicino debba esercitare la funzione amministrativa.

L'adeguatezza sta a significare che l'ente cui la funzione viene conferita deve avere risorse umane e organizzative adeguate al relativo esercizio.

Bisogna infine differenziare all'interno dello stesso tipo di ente per determinare quali possano effettivamente esercitare la funzione amministrativa. Può immaginarsi, ad esempio, che il legislatore regionale stabilisca che ogni comune deve dotarsi di un impianto per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, individuando così una funzione amministrativa in capo a questo ente. Per il legislatore costituzionale ciò è insufficiente, perché si deve tenere conto anche delle inevitabili differenze esistenti all'interno dello stesso tipo di ente. Quindi, se il comune di Napoli, per le sue dimensioni, è capace di dotarsi di un proprio impianto, molto probabilmente per il comune di Atrani non sarà lo stesso, non avendo questo un territorio tale da permetterne l'insediamento, oltre a risultare antieconomico in ragione dei notevoli costi di esercizio.

Può rilevarsi la chiarezza a tal riguardo dell'art. 69, co. 3, dello statuto ligure, secondo il quale "la legge può attribuire o delegare funzioni amministrative a determinate categorie di enti locali o a singoli enti locali, tenendo conto della specificità delle funzioni da esercitare, della adeguatezza e della differenziazione esistente tra gli enti locali riceventi".

Il legislatore che si fa carico di allocare le funzioni amministrative deve tenere conto anche di questo aspetto. È verosimile, tornando all'esempio fatto, che si possa stabilire il criterio per cui tutti i comuni della costiera amalfitana si devono dotare di un unico impianto o, in alternativa, che sia l'ente di dimensioni superiori – la provincia – a provvedere in merito.

13. – Veniamo ad un altro profilo di sicuro interesse.

Ai sensi del co. 2 dell'art. 117 spetta al legislatore statale individuare le "funzioni fondamentali" degli enti locali. L'art. 118, invece, si riferisce alle "funzioni conferite" agli enti locali e, poi, alle "funzioni proprie" di questi ultimi.

Si tratta di tre categorie di funzioni degli

enti locali, che hanno aperto in dottrina, sul significato da riconoscere a ciascuna di esse, un dibattito smisurato, del quale non è possibile in questa sede dare conto.

Basterà qui accennare al fatto che la citata l. n. 131/2003, sulla scorta di quanto già avvenuto nel passato, ha conferito deleghe al Governo per la individuazione delle funzioni da allocare presso comuni, province, regioni e gli altri enti locali. Tale legge ha previsto che le funzioni fondamentali sono individuate dallo Stato ed attengono alle esigenze essenziali e imprescindibili dell'ente locale, tenuto conto anche della evoluzione storica della normativa che interessa questi enti. Semplificando anche un po' grossolanamente, è verosimile che l'elenco delle funzioni fondamentali sarà ricognitivo di tutte quelle che nel corso del tempo i comuni hanno normalmente esercitato (ad esempio, il rilascio di titoli edilizi).

Accanto a queste si aggiungeranno poi le funzioni che saranno conferite con legge dallo Stato o dalla regione, mentre quelle proprie tendono ad essere assorbite nelle altre due categorie.

La l. 131/2003, tuttavia, non ha avuto seguito (in una sola materia vi è stato il decreto legislativo di conferimento delle funzioni amministrative) ma ne è stato ripreso l'impianto in successivi disegni di legge.

Per le funzioni conferite, invece, si pone un problema: può ritenersi valida l'impostazione della l. Bassanini e, quindi, ritenere che il conferimento comprenda trasferimento, delega e attribuzione di nuove funzioni?

Soffermiamoci sulla delega di funzioni amministrative.

In passato molto è ruotato intorno a questo istituto, che implica per il delegante la titolarità della funzione e per il delegato l'esercizio della stessa con possibilità per il primo di esercitare anche poteri di indirizzo e di controllo. Il modello si arricchiva sovente di un'ulteriore meccanismo, ossia la possibilità per l'ente delegato di subdelegare a sua volta ad altro ente l'esercizio della funzione (ad esempio, in Campania può ricordarsi la legge regionale 54/1980).

Sul punto molti hanno evidenziato che,

ormai con il nuovo riparto della potestà legislativa e con la soppressione di ogni riferimento alla delega nell'art. 118 della Costituzione, non è più possibile scindere la titolarità della funzione amministrativa dal suo esercizio e, quindi, la delega non potrebbe più essere utilizzata dal legislatore che si accinge a conferire funzioni amministrative.

Tuttavia, va tenuto in conto che la delega è, invece, consentita dalla Costituzione per quanto riguarda l'esercizio della potestà regolamentare; il sesto comma dell'art. 117 della Costituzione prevede, infatti, che nelle materie di potestà esclusiva dello Stato quest'ultimo possa anche delegare la regione ad intervenire con regolamento.

Inoltre, il quarto comma dell'art. 121 della Costituzione continua a stabilire che il Presidente della regione fornisce indirizzi per quanto concerne le funzioni che sono state delegate dallo Stato alla regione (tale previsione è poi pedissequamente ripetuta in alcuni statuti regionali, ad esempio, art. 25, l. r. statutaria 1/2009 della Lombardia).

Di tal che anche questo aspetto rimane aperto e occorrerà attendere le soluzioni adottate dal legislatore.

A tal proposito non è superfluo ricordare che il codice dei beni culturali e del paesaggio ammette che le regioni possano delegare l'esercizio della funzione di rilasciare l'autorizzazione paesaggistica agli enti locali, anche associati, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia (art. 146, d. lgs. n. 42 del 2004).

D'altro canto, alcuni statuti pure ammettono espressamente l'utilizzo della delega: l'art. 52 di quello ligure (l. statutaria 1/2005) stabilisce, infatti, che *“la regione assicura agli enti locali le risorse finanziarie e le dotazioni di personale necessarie per lo svolgimento delle funzioni da essa conferite, stabilendo le modalità e dettando le direttive per l'esercizio delle attività amministrative delegate”* (parimenti, l'art. 16 della l.r. statutaria laziale 1/2004).

14. – Altra opzione espressamente ammessa dall'art. 118 della Costituzione, nella versione precedente alla riforma del 2001, era l'avvalimento degli uffici, che consentiva alla regione di esercitare, oltre che esserne titolare, la funzione amministrativa servendosi degli apparati serventi di un altro ente: ad esempio, le attività istruttoria e preliminari venivano svolta dagli uffici comunali, ma il provvedimento finale era emanato dalla regione. Al riguardo occorre ricordare che la Consulta aveva ammesso nel passato la possibilità anche per lo Stato di avvalersi degli uffici regionali (sentenze 408/1998 e 216/1987).

In seguito la diversa logica del riparto delle competenze, nonché l'accrescimento di quelle regionali e sub-regionali, ha indotto a ritenere taluni che questo schema non possa più essere adoperato. Con la sentenza n. 179 del 2007 la Corte si è limitata a definire l'avvalimento come una vecchia tecnica di esercizio delle funzioni amministrative, senza, tuttavia, giungere ad affermarne l'incompatibilità con l'attuale dettato costituzionale, sicché nessuna certezza possiamo avere riguardo al perdurante impiego di siffatto modello.

15. – Qui è necessario anche richiamare l'attenzione sulla funzione amministrativa di indirizzo e coordinamento che, nell'ambito dei vari conferimenti, il legislatore statale aveva riservato al Governo, il quale, con propri atti amministrativi, poteva orientare l'esercizio delle funzioni amministrative dismesse, laddove vi fosse un interesse unitario non frazionabile. Fin qui nulla di eclatante, ma la meraviglia scaturiva dal fatto che questi atti formalmente amministrativi, vincolavano addirittura il legislatore regionale. La Corte avallò questo meccanismo, ritenendo che la tutela di esigenze unitarie giustificava l'esercizio di questa funzione sulla base di quanto sancito dall'art. 5 della Costituzione, purché la stessa fosse esercitata collegialmente dal Governo in virtù di una previa norma di legge che indicasse criteri sufficienti a determinarne il contenuto (sentenza 150/1982).

Può notarsi che, in occasione dell'ultimo

generale di conferimento di funzioni voluto dalla legge 59/1997, è stata mantenuta al Governo la funzione di indirizzo e coordinamento relativamente a tutte le funzioni e ai compiti conferiti alle regioni e agli enti locali (art. 8, d. lgs. 112/1998).

Con la riforma del 2001 è stata ravvisata l'incoerenza dell'attività di indirizzo e coordinamento con la nuova logica del riparto di competenze tra Stato ed autonomie, poiché, se a livello legislativo, la regola è che la competenza è della regione proprio perché avente la potestà residuale, mentre l'intervento statale è eccezionale perché riguarda specifiche materie elencate, a maggior ragione sul piano amministrativo non dovrebbero essere ammesse "intrusioni" statali.

Può rilevarsi che l'art. 8, co. 6, l. 131/2003, espressamente esclude che questa funzione possa essere esercitata dallo Stato nelle materie di potestà concorrente e in quelle residuali. Se ne può inferire, dunque, che ad oggi gli atti di indirizzo e coordinamento possono essere adottati dal Governo solo nelle materie di potestà esclusiva statale (in tal senso sembra sentenza n. 104/2009), il che si rivelerà particolarmente utile per l'Esecutivo nazionale nel momento in cui in questo ambito materiale siano state riconosciute funzioni amministrative ad enti autonomi.

È, quindi, ipotizzabile che nelle materie concorrenti le esigenze unitarie possano essere fatte valere dallo Stato solo a mezzo di un intervento legislativo teso a dettare i principi della disciplina lasciando la funzione nella disponibilità dell'ente autonomo, a meno che non ricorrano le condizioni per procedere alla attrazione, in sussidiarietà, della funzione amministrativa: in tal caso, tuttavia, non si porrebbe nemmeno l'esigenza di indirizzare e coordinare l'attività di altri enti.

16. – L'art. 118 della Costituzione nell'ideale distribuzione delle funzioni amministrative tiene conto dei comuni, delle province, delle città metropolitane, delle Regioni e dello Stato, ma non degli "altri enti locali" invece considerati nel testo precedente alla riforma, tra i quali è possibile annoverare, ad esempio, le comunità montane o le camere di commercio (ma non le università



perché godono della riserva sancita dal quarto comma dell'art. 33 della Costituzione).

Non essendovi stati, come detto, i decreti di conferimento, al momento siamo fermi alle disposizioni della l. n. 131/2003 alla cui stregua il Governo, delegato all'individuazione delle funzioni da conferire, avrebbe dovuto tenere conto anche degli altri enti locali e delle funzioni che già questi esercitavano.

17. – Un cenno meritano, infine, anche le regioni ad autonomia differenziata, che godono di condizioni speciali di autonomia assicurate, innanzitutto, dai rispettivi statuti approvati con legge costituzionale.

Con l'ampliamento delle competenze (in primo luogo legislative), conseguente alla modifica del titolo V della Costituzione, in favore delle sole regioni di diritto comune, il legislatore costituzionale ha evitato l'inconveniente di determinare condizioni di autonomia deteriori per le regioni speciali. L'art. 10 della l. cost. n. 3/2001 stabilisce infatti, che *“sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite”*. Si tratta di una clausola definita *“di miglior favore”*: se alle regioni di diritto comune sono attribuite funzioni che la regione di diritto speciale non ha perché non lo prevede il proprio statuto, queste stesse funzioni si estendono automaticamente anche alla regione in questione.

18. – Un'ultima notazione di carattere generale riguarda la concreta attuazione della l. cost. 3/2001 ancora lontano dal realizzarsi. Tutto o gran parte, come più volte detto, è messo nelle mani del legislatore statale e di quello regionale, il che sostanzialmente determina una riduzione del ruolo degli enti locali, in particolare dei comuni, rispetto ai principi conclamati nel testo costituzionale. È sintomatico di questo processo quanto stabilito all'art. 7, co. 6, l. 131/2003, secondo il quale, fino alla data di entrata in vigore delle leggi statali e regionali di conferimento, *“le funzioni amministrative continuano ad essere*

esercitate secondo le attribuzioni stabilite dalle disposizioni vigenti, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte costituzionale”.

Di fronte alle inadempienze del legislatore statale (ma anche dell'esecutivo che ha fatto decadere i termini assegnati per l'esercizio della delega legislativa preordinata al conferimento di cui alla l. 131/2003) e di quello regionale, i comuni fino a questo momento non hanno rilevanti strumenti di difesa in sede giurisdizionale. Ci si riferisce, in particolare, alla preclusione per i comuni, così come per gli altri enti locali, di avere accesso diretto alla C. cost. a tutela delle proprie prerogative costituzionali, ciò che determina una differenziazione sensibile di questo ente rispetto agli altri. Qualcuno aveva sostenuto che, essendo oramai i comuni titolari di funzioni amministrative per espressa previsione costituzionale, devono essere conseguentemente legittimati ad adire la Consulta.

La tesi non ha avuto successo e la l. 131/2003 ha cercato in qualche modo di porre rimedio a tale situazione, prevedendo, da un lato, che il consiglio delle autonomie locali (da istituire con previsione statutaria) possa chiedere alla regione di impugnare leggi statali che siano invasive della sfera di competenza che la Costituzione riconosce ai comuni, e specularmente, dall'altro, che il Governo, su richiesta della Conferenza Stato-Città, possa ricorrere avverso le leggi regionali lesive della medesima competenza.

Si tratta di sollecitazioni che hanno una dimensione prettamente politica, non potendosi immaginare che sorga l'obbligo giuridico per il consiglio dei Ministri o per la giunta regionale, compulsati rispettivamente dalla Conferenza Stato-Città o dal consiglio delle autonomie locali, di impugnare la legge regionale o quella statale.

Peraltro, nel caso del ricorso governativo avverso una legge regionale non si porrebbero aspetti critici essendo l'esecutivo abilitato a lamentare qualsiasi vizio di legittimità; nel caso in cui il consiglio delle autonomie locali chieda alla regione di impugnare la legge invasiva delle competenze degli enti locali, si potrebbero, invece, porre profili di inammissibilità del ricorso potendo le regioni impu-

gnare le leggi dello Stato, ai sensi dell'art. 127 della Costituzione, solo se ledano una propria sfera di competenza. Nella richiamata vicenda del condono edilizio, siffatto profilo non a caso è venuto in rilievo: avendo molte regioni lamentato, tra l'altro, che l'ennesima sanatoria avrebbe avuto ricadute finali sul territorio dei comuni, sottraendo loro competenze amministrative nel campo dell'urbanistica, l'Avvocatura aveva eccepito che le ricorrenti erano legittimate ad impugnare la legge con riguardo alla sola invasione di proprie competenze legislative regionali. L'eccezione è stata poi superata dalla Corte costituzionale, ritenendosi che, sotto questo specifico profilo, non erano in gioco solo le competenze ammi-

nistrative dei comuni, ma per i profili di recupero alla legalità dei manufatti edilizi si radicava anche la competenza legislativa della regione in tema di governo del territorio. Concludendo, può affermarsi che, al fine di dare compiuta attuazione alla novella costituzionale, è auspicabile un sollecito intervento dei legislatori statale e regionale, ai quali spetta la efficace sintesi dei molteplici criteri contenuti nell'art. 118 alla luce, per giunta, dei principi fondamentali della Carta e, in particolare, dell'art. 5 e dei fulcri antagonisti in esso contenuti (il promuovimento delle autonomie locali mediante il decentramento delle funzioni, da una parte, e l'unità e indivisibilità della Repubblica, dall'altro).

«.....GA.....»

RIFORME ISTITUZIONALI

IL RUOLO DELLA CRISI ECONOMICA NEL RIPARTO DELLE COMPETENZE LEGISLATIVE TRA STATO E REGIONI

dell'Avv. Mario Nigro

Breve commento a margine della sentenza della Corte costituzionale 15.1.2010, n. 10

La fase di congiuntura economica che sta segnando nell'ultimo conomia occidentale consente al legislatore nazionale di adottare provvedimenti in deroga a quanto previsto dal sistema di riparto delle competenze legislative di cui all'art. 117, cost. Questo sembra essere, in sintesi, l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento.

Le regioni Piemonte, Emilia-Romagna e Liguria hanno promosso ricorso in via principale avverso l'art. 81, coo. 29 e 30 e da 32 a 38-ter, d.l. 25.6.2008 (nel testo modificato dalla l. di conversione 6.8.2008, n. 133). Le norme impugnate prevedono l'istituzione di un fondo destinato a finanziare una carta acquisti (la c.d. social card) con la quale, nelle intenzioni del legislatore, garantire esigenze di natura alimentare, energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti. I possessori della carta potranno infatti acquistare determinati beni e servizi a carico dello Stato¹.

Ad avviso delle regioni ricorrenti le norme suddette si porrebbero in contrasto con la previsione di cui all'art. 117, co. 4, cost.: vi sarebbe infatti una violazione della competenza legislativa regionale in tema di "politiche sociali". Sarebbero, poi, contrarie al di-

¹ Le modalità concrete di funzionamento della carta acquisti nonché i criteri sulla base dei quali individuare i cittadini aventi diritto al rilascio sono dettati, ai sensi del co. 33 della norma impugnata, dai decreti interpartimentali del ministero dell'economia e delle finanze e del ministero del lavoro della salute e delle politiche sociali del 16.9.2008 e del 14.11.2008.

sposto di cui all'art. 119 cost. in quanto il fondo si concreterebbe in un trasferimento vincolato alle regioni atteso che le modalità di utilizzo dello stesso (e quindi della carta acquisti) sono disciplinate esclusivamente dallo Stato. Per la stessa ragione vi sarebbe, infine, una violazione del principio di leale collaborazione.

La C. cost. riconosce che le norme impugnate rientrano in astratto nella materia "assistenza e diritti sociali" attribuita alla competenza legislativa residuale delle regioni. "L'invasione" della suddetta materia da parte di una legge statale è però giustificata dalla previsione di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), cost., ove si attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva per ciò che concerne la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"².

In questo modo, a ben vedere, la Corte supera completamente il criterio di riparto delle

² Per maggiori approfondimenti sul potere legislativo dello Stato in tema di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni ed il ruolo delle regioni, si rinvia, fra i tanti, a G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; A. D'ALOJA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 16 e ss; R. BIFULCO, *Livelli essenziali, diritti fondamentali e statuti regionali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie – Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003

competenze legislative tra Stato e regioni come delineato dall'art. 117 cost..

Infatti. Il giudice delle leggi afferma chiaramente, da un lato, che le norme impugnate attengono a materie attribuite alla competenza legislativa residuale delle regioni in tema di assistenza e diritti sociali, dall'altro, che, in condizioni normali, la previsione di cui all'art. 117, co. 2., lett. m), attribuisce al legislatore nazionale il potere di determinare quali siano i livelli essenziali delle prestazioni che devono essere assicurate in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, ma non consente allo Stato di prevedere la diretta erogazione dei relativi servizi quando gli stessi rientrino nella competenza legislativa regionale, come, in linea teorica, accadrebbe anche nel caso di specie³.

Tale rigida ripartizione può però essere superata, chiarisce la Corte, in presenza di circostanze particolari che rendano imprescindibile l'intervento diretto dello Stato affinché sia garantito il diritto della dignità della persona umana in maniera uniforme su tut-

³ Nella sentenza si legge che la determinazione dei livelli essenziali normalmente si concreta nel potere per il legislatore statale di «*poter predisporre le misure necessarie per attribuire a tutti i destinatari, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle*». Si tratta dunque di un titolo di competenza che si consente una restrizione delle potestà legislative regionali ma che non arriva a legittimare il legislatore statale a dettare la disciplina di interi settori materiali di competenza delle regioni.

Per maggiori approfondimenti sull'orientamento della Corte sul tema cfr. E. PESARESI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la materia tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. Cost.* 2006, p. 1733 e ss., la quale nota come «*fin dalle prime pronunce sul punto la Corte ha riconosciuto che la materia della determinazione dei livelli essenziali abbia natura trasversale. La peculiarità di tale ambito materiale consisterebbe nella definizione teleologica di ambiti valorali, nell'enunciazione di finalità che attraversano orizzontalmente l'ordinamento, coinvolgendo interessi disparati o conglobando oggetti dispersi nell'ordine formale delle competenze*». Si vedano anche E. BALBONI, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4333 e ss.; E. BALBONI E P. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Regioni*, 2006, p. 1014 e ss.

to il territorio nazionale. In tal caso, il titolo di competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), si “*dilata*” attribuendo al legislatore nazionale il potere non solo di fissare i livelli essenziali, ma anche di adottare provvedimenti legislativi che prevedano la diretta erogazione di provvidenze sociali⁴. Questo avviene anche nel caso di specie: la crisi economica che negli ultimi anni sta colpendo i sistemi produttivi occidentali rende necessario, ad avviso della Corte, l'intervento di una legge dello Stato per attenuarne gli esiti negativi sui cittadini meno abbienti, attraverso, appunto, la concessione di una carta con la quale finanziare gli acquisti di beni di prima necessità⁵.

Pertanto, si conclude nella sentenza in commento, non vi è alcuna lesione della competenza legislativa residuale delle regioni. Di conseguenza, non vi è neppure una violazione dell'art. 119, co. 4, cost, ove si stabilisce che le funzioni attribuite alle regioni sono finanziate da tributi propri, partecipazioni e altre entrate proprie. Nel caso di specie, infatti, non si tratta di un trasferimento vincolato di fondi alle regioni ma di un intervento straordinario del legislatore statale in materia attribuita alla propria competenza legislativa esclusiva⁶.

⁴ Da notare che già in passato la Corte costituzionale aveva sottolineato lo stretto legame tra il titolo di competenza di cui all'art. 117, co. 2, lett. m) e l'art. 3 della Costituzione essendo la determinazione dei livelli essenziali di tutela che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale uno degli strumenti più incisivi per attuare il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 co. 2 della Costituzione. Proprio per tale ragione la Corte aveva chiarito che in tema di edilizia volta a ridurre il disagio abitativo delle categorie più disagiate, la determinazione dei livelli essenziali non doveva limitarsi ad un dato quantitativo ma doveva essere anche qualitativo. Cfr. sul punto Corte cost. 23.5.2008, n. 166 ed il commento di V. VALENTI, *L'edilizia residenziale pubblica tra livelli essenziali delle prestazioni e sussidiarietà. Osservazioni alla sentenza della Corte costituzionale*, n. 166 del 2008, in www.federalismi.it, in particolare p. 13.

⁵ In proposito nella sentenza si sottolinea come lo stesso legislatore abbia giustificato la necessità della decretazione d'urgenza proprio per far fronte alle «*straordinarie tensioni cui sono sottoposti i prezzi dei generi alimentari ed il costo delle bollette energetiche e della fornitura di gas ai privati*».

⁶ La Corte chiarisce che dovendo le norme impugnate ricondursi integralmente a materia attribuita alla com-



Come detto, la Corte nella decisione in commento ha di fatto superato il dettato della Costituzione in tema di riparto di competenze “*plasmandolo*” all’esigenza del caso concreto, ossia quella di assicurare un adeguato livello di tutela alla dignità umana⁷.

L’art. 117 cost., co. 2, 3 e 4 prevede infatti un sistema di riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni fondato sugli ambiti materiali della legge. Nella sentenza in commento, invece, il giudice delle leggi utilizza un criterio di ripartizione basato principalmente sugli interessi che la legge si propone di tutelare. Infatti, la Corte, nel delineare i limiti che normalmente incontra la materia di cui all’art. 117, co. 2, lett. m), afferma espressamente che questi possono essere “*superati*” quando ciò sia necessario per garantire una effettiva tutela a diritti fondamentali, nel caso di specie garantire primarie esigenze alimentari e sanitarie di quei cittadini più colpiti dalla crisi economica. Quello che conta, quindi, non è più la materia oggetto della legge quanto la natura dell’interesse che essa legge si propone di tutelare. Nel caso di specie, essendo l’interesse da tutelare di particolare rilevanza costituzionale è legittimo superare la “*rigidità delle materie*” e consentire l’intervento dello Stato⁸.

petenza legislativa esclusiva dello Stato non vi è neppure violazione del principio di leale collaborazione spettando allo stesso legislatore nazionale il potere di “*fissare*” la disciplina di dettaglio ai sensi dell’art. 117, co. 6, cost. Né vi è violazione dell’art. 118 cost., essendo la scelta di attribuire all’amministrazione statale le funzioni amministrative relative giustificata dalla necessità di «*assicurare che il loro svolgimento risponda a criteri di uniformità e unitarietà, allo scopo di garantire l’eguale e pronta tutela minima del nucleo essenziale di un diritto fondamentale*».

⁷ Sull’attività dei giudici della Corte e sulla possibilità di superare il testo scritto della Costituzione si rinvia, tra i tanti, a G. ZAGRELBESKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, in particolare p. 269.

⁸ Sul punto cfr. più diffusamente A. RUGGERI, *Livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza tra Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010)*, in www.forumquadernocostituzionali.it, p. 2, il quale nota come alla luce della decisione in esame debba concludersi che «*l’unico vero assetto costituzionale delle competenze, sul fronte dei rapporti Stato – Regioni... poggia sulla base degli interessi*» e che pertanto «*la linea divisoria delle competenze è, dunque, soggetta ed*

Va poi considerato che la stessa Corte ha chiarito che l’intervento diretto dello Stato nell’erogazione di servizi di assistenza sociale è legittima solo nel caso in cui ciò sia giustificato da ragioni contingenti e straordinarie. Cessata l’emergenza, la competenza di cui all’art. 117, co. 2, lett. m), tornerà a “*comprimersi*” nel suo ambito originario, ossia quello della sola determinazione dei livelli essenziali⁹. Si pone allora il non trascurabile problema di quale potrà essere la sorte della normativa impugnata una volta superata la crisi economica che ha legittimato l’intervento del legislatore statale¹⁰.

Un ultimo profilo merita una qualche riflessione. In un sistema dove generalmente si afferma che il decentramento dovrebbe consentire in misura maggiore una adeguata ed effettiva tutela dei diritti sociali, la decisione della Corte si atteggia in senso opposto e, probabilmente, a ragione, nella convinzione che in determinate circostanze le regioni non siano in grado di garantire adeguatamente i suddetti diritti sociali, in particolar modo quando essi siano strettamente legati ai diritti

essere senza sosta ridisegnata, in ragione, appunto degli interessi in campo e dei modi, parimenti vari, delle loro possibili combinazioni...»

⁹ Nella sentenza si sostiene che «*una volta cessata la situazione congiunturale che ha imposto un intervento di politica sociale esteso alla diretta erogazione della provvidenza, dagli strumenti di coinvolgimento delle regioni e delle province autonome non si possa prescindere, avendo cura così di garantire la piena attuazione del principio di leale collaborazione, nell’osservanza del riparto delle competenze definito dalla Costituzione*».

¹⁰ Sul punto si è interrogato A. RUGGERI, *Livelli essenziali delle prestazioni*, cit., p. 3, il quale sottolinea come in passato la Corte, nell’affermare la costituzionalità di una legge in ragione di una situazione di emergenza, abbia adottato soluzioni diverse. Ad esempio, nella sentenza 13 gennaio 2004, n. 13, la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità della norma impugnata (in quel caso si trattava di norme in materia di istruzione) di fatto subordinandone gli effetti alla entrata in vigore della normativa regionale, in ossequio al principio di continuità. L’Autore ritiene che bene avrebbe fatto la Corte ad adottare una simile soluzione anche nella sentenza in commento; in tal modo non si sarebbe verificata «*una innaturale dilatazione dell’area materiale coperta dalla disciplina statale*» e lo Stato sarebbe stato obbligato a «*mettere subito in campo gli strumenti di cooperazione a sua disposizione a finalità di sanatoria della disciplina adottata*».

fondamentali dei cittadini¹¹.

¹¹ Si confronti in tal senso S. GAMBINO, *Federalismo fiscale e uguaglianza dei cittadini*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2009, pag. 3, il quale sottolinea come l'analisi storica dal dopoguerra ad oggi consente di poter «negare ogni legittimità a quelle affermazioni (enfatiche) secondo le quali il federalismo costituirebbe un modello necessario per assicurare l'effettività dei diritti sociali. Sotto tale profilo, l'evoluzione del costituzionalismo sociale contemporaneo, in senso contrario, consente di affermare che il Welfare State ha conosciuto nell'accentramento statale una migliore garanzia della stabilità e dell'universalizzazione delle prestazioni sociali relative ai diritti di cittadinanza». Si veda anche lo stesso Autore, *Normazione regionale e locale e tutela dei diritti fondamentali (fra riforme costituzionali, sussidiarietà e diritti fondamentali)*, in A. RUGGERI, L.

Va infine considerato che le norme impugnate non producono alcun pregiudizio concreto alle regioni. I fondi destinati alla carta acquisti non sono infatti stati distratti da fondi originariamente destinati a trasferimenti erariali, né vi è alcuna ragione di pensare che, in mancanza della suddetta normativa, essi sarebbero stati accordati alle regioni. Non si comprende dunque quale sia l'interesse delle regioni ad ottenerne "l'eliminazione" atteso che ciò comporterebbe solo una diminuzione del livello di tutela accordato anche ai propri cittadini.

D'ANDREA, A. SAITTA, G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di formazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007.

«.....GA.....»

DISMISSIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E GOVERNO DEL TERRITORIO

del Dott. Francesco Sampugnaro

Con la sentenza n. 340 del 30.12.2009 la C. cost. introduce un elemento di decisiva frizione, alla realizzazione del programma di gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di regioni, province e comuni, introdotto dall'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133. Riservando al prosieguo le valutazioni in ordine agli effetti prodotti dalla decisione della Corte sui bilanci dei comuni e sull'ultima finanziaria, pare opportuno procedere in via preliminare alla disamina delle motivazioni che hanno portato alla censura della disposizione di legge sottoposta al vaglio di costituzionalità della Corte.

L'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112, attribuisce alla deliberazione del consiglio comunale, di approvazione del piano di alienazione e valorizzazione del proprio patrimonio, il carattere di variante allo strumento urbanistico generale, senza necessità di verifiche di conformità agli eventuali atti di pianificazione sovra ordinata di provincia e regione. La disposizione normativa sopra citata viene impugnata dalle regioni Piemonte, Emilia Ro-

magna, Veneto e Toscana, per violazione dell'art. 117 co. 3 cost. Le argomentazioni addotte dalle ricorrenti, oggetto di esame congiunto da parte della Corte, ruotano intorno alla constatazione per cui la previsione normativa impugnata, nello stabilire che l'approvazione del piano delle alienazioni da parte del consiglio comunale non necessiti di verifiche di conformità rispetto agli atti di pianificazione provinciale e regionale, risulti lesiva delle competenze regionali in materia di governo del territorio, rientrando nella competenza ripartita tra Stato e regioni.

Due ordini di problematiche sono dunque sottoposte all'esame della Corte: da un lato la corretta riconduzione della fattispecie normativa in esame, alla materia del "governo del territorio", dall'altro il rispetto dei parametri costituzionali in relazione al riparto di competenze Stato regioni, nelle materie di legislazione concorrente. In relazione alla prima problematica, la Corte rileva come, pur essendo presenti nella disposizione di legge, sottoposta al proprio sindacato, profili attinenti al coordinamento della finanza pubbli-



ca, assunta carattere prevalente la materia del governo del territorio.

Constatato che le disposizioni impugnate vanno direttamente ad incidere in materia di “urbanistica”, atteso che viene riconosciuta ai comuni la facoltà di porre in essere scelte di pianificazione del territorio, in piena autonomia rispetto alle disposizioni contenute nei piani territoriali delle regioni e delle province, privando peraltro quest’ultime di qualsiasi forma di controllo, non può non rilevarsi come, nella nuova formulazione dell’art. 117 cost., introdotta dalla l. cost. 3/2001, scompare la materia dell’urbanistica, rimpiazzata, tra le materie a legislazione concorrente, dalla più ampia formula di “governo del territorio”.

In ordine al significato da attribuire a tale espressione, varie sono state in dottrina le linee di pensiero seguite.

Secondo una prima interpretazione l’urbanistica attiene alla disciplina e all’assetto delle città, mentre la nozione di governo del territorio va ricercata in quegli interessi che concernono “la politica delle grandi infrastrutture, la politica dello sviluppo economico”¹. Da ciò discenderebbe l’attribuzione della materia dell’urbanistica, non espressamente citata dall’art. 117 cost., alla competenza residuale regionale, ravvisando invece nel governo del territorio una potestà legislativa concorrente tra Stato e regioni.

Una differente lettura del testo costituzionale ritiene del tutto equipollente la nozione di governo del territorio con quella di urbanistica, intesa come “disciplina avente ad oggetto l’intero territorio, indipendentemente dal grado della sua urbanizzazione”².

Un’ulteriore interpretazione ritiene invece che l’urbanistica sarebbe ricompresa nel governo del territorio, “nel senso che il secondo comprende la prima ma non si esaurisce in essa”³.

¹ V. CERULLI IRELLI, “Il governo del territorio nel nuovo assetto costituzionale” in “Il governo del territorio” di S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI E P. URBANI, Milano, 2003, p. 504.

² P. STELLA RICHTER “I principi del diritto urbanistico”, Milano 2006, p. 6.

³ S. AMOROSINO “Il governo del territorio tra Stato Regioni ed enti locali” in “Il governo del territorio” di S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI E P. URBANI,

La C. cost.⁴, intervenuta sul punto, ha avuto modo di chiarire che “la parola urbanistica non compare nel nuovo testo dell’art. 117, ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell’elenco del terzo comma: essa fa parte del governo del territorio”.

Venendo alle obiezioni sollevate dalle ricorrenti, in ordine alla pretesa lesione delle competenze regionali, in materia di governo del territorio, si assiste ad una presa di posizione assai netta da parte della Corte. Sulla scorta di una piuttosto cospicua giurisprudenza sul punto⁵, secondo cui nelle materie di cui all’art. 117, co. 3, cost., lo Stato ha solo il potere di fissare i principi fondamentali, spettando alle regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio, la Corte rileva come la disposizione censurata, attribuendo alla delibera comunale l’effetto di variante ed escludendo che la stessa debba essere oggetto di verifiche di conformità, pone in essere una disciplina che non va ad individuare criteri e obiettivi, ma si risolve in una normativa di dettaglio che depaupera gli spazi di intervento riconosciuti al legislatore regionale, ponendosi così in contrasto con quanto disposto dall’art. 117 co. 3 cost..

Sia pur pienamente concordi sulle argomentazioni addotte dalla Corte a sostegno

Milano, 2003, p. 143, secondo cui “per usare una terminologia ormai entrata in circolo nel governo del territorio rientrano, oltre l’urbanistica, tutti gli altri interventi ed interessi differenziati ad incidenza territoriale”

⁴ C. cost. 1.10. 2003, n. 303; in senso conforme C. cost. 19.12.2003, n. 362, secondo cui “se si considera che altre materie o funzioni di competenza concorrente, quali porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia, sono specificatamente individuate nello stesso terzo comma dell’art. 117 cost. e non rientrano quindi nel “governo del territorio, appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia siano stati estromessi aspetti così rilevanti, quali quelli connessi all’urbanistica, e che il “governo del territorio” sia stato ridotto a poco più di un guscio vuoto. Nella medesima prospettiva, anche nell’ambito di materia costituito dall’edilizia va ricondotto al governo del territorio”; C.cost. 28.6.2004, n.196;C.cost. 29.7.2005, n. 343.

⁵ Cfr. *ex plurimis*: C. cost. 2.7.2009, n. 200; C. cost. 24.7.2009, n. 237.

della propria decisione, parimenti condivisibile risulta l'osservazione di chi sostiene che dalla giurisprudenza costituzionale non pare emergere un'indicazione *“capace di consentire l'individuazione a priori del contenuto caratterizzante dei principi fondamentali”*⁶.

In definitiva ciò che emerge dalle indicazioni fornite dalla dottrina e della giurisprudenza è, ad avviso di chi scrive, un elevato grado di astrattezza, sia nella delimitazione dei confini cui ricondurre la materia del governo del territorio, sia nell'individuazione delle dinamiche mediante le quali debbano coesistere ed interagire, con riferimento alle materie di legislazione concorrente, principi fondamentali e norme di dettaglio.

Il governo del territorio parrebbe dunque essere, nell'intento del legislatore costituzionale, una *“formula aperta”*, in cui potrebbero trovare collocazione non solo elementi di conflittualità tra Stato e regioni, in ordine a presunte lesioni delle rispettive attribuzioni, ma anche spunti di concertazione volti a risolvere le molteplici problematiche interpretative.

Ciò considerato, veniamo ora da esaminare le ripercussioni che la sentenza in commento ha prodotto sulla finanziaria 2010. Come detto in precedenza, la Corte ha dichiarato incostituzionali le due previsioni normative contenute nell'art. 58, co. 2, d.l. 25.6.2008, n. 112, secondo cui *“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 ratio della suddetta previsione era da individuarsi nella volontà del legislatore di introdurre un elemento di semplificazione amministrativa, diretta a ridurre sensibilmente la tempistica procedimentale per l'approvazione dei piani di valorizzazione.

Quanto ai riflessi negativi, determinatisi a seguito della censura di detta disposizione sui

bilanci dei comuni, non pare sussistere dubbio alcuno, anche alla luce della semplice constatazione che gran parte di essi avevano fatto serio affidamento sulla possibilità di una rapida alienazione del proprio patrimonio immobiliare. Il dato più significativo è rappresentato però dal fatto che la disposizione censurata dalla Corte ha determinato gravi ripercussioni su talune previsioni contenute nella finanziaria 2010, approvata con l. n. 191 del 23.12.2009. Le norme che vengono in rilievo sono quelle di cui all'art. 2, co. 189 e seguenti, che prevedono la valorizzazione e l'alienazione di immobili militari, tramite la costituzione, d'intesa con i comuni, di uno o più fondi comuni di investimento immobiliare, allo scopo di conseguire le risorse necessarie a soddisfare le esigenze infrastrutturali e alloggiative delle Forze armate. Le procedure da seguire, per il compimento di tali attività sono quelle indicate dal successivo co. 191 che, per l'appunto, richiama la disposizione di cui all'art. 58, co. 2, d.l. 25.6.2008, n. 112, oggetto di censura da parte della Corte. Nel sopra citato comma della finanziaria viene espressamente disposto che la deliberazione del consiglio comunale che approva il protocollo d'intesa, sottoscritto dal ministero della difesa e dal comune al fine di individuare gli immobili da trasferire, *“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”*.

Appare evidente che i riflessi della sentenza della Corte sull'ultima finanziaria non possono certo ritenersi di poco conto.

La decisione in esame, va direttamente ad incidere su una serie di previsioni, che risultano, se non del tutto, almeno parzialmente compromesse. Evidenti risultano infatti le ripercussioni, non tanto in ordine alla realizzabilità del programma di valorizzazione e alienazione, quanto piuttosto alla durata dello stesso, il quale, per effetto della pronuncia della Corte, dovrà rispettare l'originario iter procedurale.

In relazione agli effetti prodotti dalla sentenza della Corte sul federalismo demaniale deve rilevarsi come in data 17.12.2009, il

⁶ G. CONTI, *“Le dimensioni costituzionali del governo del territorio”*, Milano, 2007, p. 184



consiglio dei Ministri avesse approvato, in attuazione dell'art. 19 della l. 5.5.2009, n. 42, uno schema di d. lgs. con cui venivano attribuiti a regioni, province e comuni beni statali in base al principio di valorizzazione del bene medesimo. In particolare, in relazione alla procedura da seguire, per l'alienazione del patrimonio immobiliare, all'art. 2 co. 5 del sopra citato d. lgs. si prevedeva che " i beni statali sono attribuiti, a, titolo non oneroso, a comuni, province, città metropolitane e regioni, anche in quote indivise, sulla base dei seguenti criteri: a).....; b) semplificazione, in applicazione di tale criterio, i beni possono essere inseriti dalle regioni e dagli enti locali in processi di alienazione e dismissione secondo le procedure di cui all'art. 58 d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni dalla l. 6.8.2008, n. 133; c) capacità finanziaria, intesa come idoneità finanziaria necessaria a soddisfare le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione del bene. A tale fine l'attribuzione dei beni immobili appartenenti

allo Stato può avvenire, su richiesta dell'ente territoriale interessato e senza ulteriori oneri a carico dello Stato, mediante attribuzione diretta dei beni a fondi comuni di investimento immobiliare, già costituiti, o da costituire, da uno o più enti territoriali, anche ai sensi dell'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133".

Recependo i contenuti della sentenza della Corte, è stato deliberato dal consiglio dei Ministri del 12.3.2010, un nuovo testo di decreto, che a seguito della intervenuta eliminazione della disposizioni di cui all'art. 58 d.l. 25.6.2008, n. 112, che escludevano la possibilità di sottoporre i piani di alienazioni e valorizzazioni comunali alle verifiche di conformità previste dalla disciplina regionale, ha attribuito il potere di effettuare tali verifiche ad una apposita conferenza di servizi, a cui partecipano, secondo le modalità di cui agli artt. da 14 a 14 quater della l. 7.8.1990, n. 241, il comune, la provincia e la regione interessata.

«.....GA.....»

LA DISCIPLINA SULLE CITTÀ METROPOLITANE CONTENUTA NEGLI ARTT. 15 E 23 DELLA L. N. 42 DEL 2009: LUCI ED OMBRE DEL MODELLO DI CITTÀ METROPOLITANA DELINEATO DALLA LEGGE DELEGA SUL FEDERALISMO FISCALE

della Dott. ssa Michela Giachetti Fantini

Nella l. n. 42 del 5.4 2009, recante “*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’art. 119 della Costituzione*”, sono contenute due norme specificamente riferite alle città metropolitane¹: l’art. 15, che riguarda il finanziamento delle città metropolitane, e l’art. 23, che detta una disciplina transitoria per le città metropolitane. In particolare, l’art. 15, il quale si colloca nel capo IV intitolato appunto “*finanziamento delle città metropolitane*”, prevede che, ai sensi dell’art. 2, entro ventiquattro mesi dall’entrata in vigore della l. n. 42, cioè dal 21.5.2009, sia adottato da parte del Governo uno specifico decreto legislativo volto ad assicurare il finanziamento delle funzioni delle città metropolitane. L’art. 15 dispone poi che il suindicato decreto legislativo deve essere adottato “*in coerenza con i principi di cui agli artt. 11, 12 e 13*”. In proposito è necessario evidenziare che nella legge delega sul federalismo fiscale il sistema di finanziamento delle città metropolitane è concepito come un sistema solo parzialmente derogatorio rispetto al sistema di finanziamento degli enti locali. Conseguentemente i principi e i criteri direttivi, dettati dall’art. 15 per il finanziamento delle città metropolitane, si inquadrano nell’ambito dei principi e dei criteri direttivi previsti per il finanziamento degli enti locali dagli artt. 11, 12 e 13. Tali disposizioni, che

si collocano nel capo III della l. n. 42, rubricato appunto “*finanza degli enti locali*”, riguardano, rispettivamente, il finanziamento delle funzioni di comuni, province e città metropolitane, il coordinamento e l’autonomia di entrata e di spesa degli enti locali, l’entità ed il riparto dei fondi perequativi per gli enti locali. Inoltre, l’art. 15 prevede il conferimento in capo alle città metropolitane di un’autonomia impositiva corrispondente alle funzioni esercitate dagli altri enti territoriali, nonché il contestuale definanziamento, cioè la riduzione dei trasferimenti nei confronti degli enti locali, le cui funzioni sono assegnate alle città metropolitane, anche mediante l’attribuzione di specifici tributi, allo scopo di garantire alle stesse una più ampia autonomia di entrata e di spesa, in relazione alla complessità delle funzioni a queste ultime riservate. L’art. 15 sancisce altresì che il decreto legislativo, con il quale è assicurato il finanziamento delle città metropolitane, preveda l’attribuzione alle stesse di tributi ed entrate propri, anche diversi da quelli assegnati ai comuni, nonché disciplini la facoltà per le città metropolitane di applicare tributi in relazione al finanziamento delle spese riconducibili all’esercizio delle loro funzioni fondamentali. In proposito occorre rilevare che, diversamente da quanto stabilito per i comuni e le province dall’art. 11, co.1, lett. b) e dall’art. 12, co.1, lett. b) e c), l’art. 15 rimette direttamente alle città metropolitane la possibilità di scelta in ordine ai tributi, il cui gettito sia destinato al finanziamento delle spese relative alle loro funzioni fondamentali. L’art. 15 precisa, tuttavia, che rimane ferma la disposizione recata dall’art.12, co. 1, lett. d), la quale riconosce la facoltà di istituire, con norma primaria statale, tributi propri comunali, c.d. di “*scopo*”, finalizzati alla realizzazione di opere pubbliche e di investimenti pluriennali

¹ In generale sul tema relativo alle città metropolitane si veda G. PASTORI, *Aree metropolitane*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Utet, 1987, p. 381 ss.; E. CASSETTA, *L’istituzione delle aree metropolitane*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 3 ss.; A. PUBUSA, *Città metropolitana*, in *Enc. Dir.*, Agg., III, Milano, Giuffrè, 1999, p. 360 ss.; E. ROTELLI, *Le aree metropolitane in Italia: una questione istituzionale insoluta*, in G. MARTINOTTI (a cura di), *La dimensione metropolitana*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 299 ss.; P. URBANI, *Voce Aree metropolitane*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2000, p. 111 ss.; V. FERRI, *Governare le città metropolitane. Un’istituzione del federalismo*, Roma, Carocci, 2008.



nei servizi sociali, ovvero al finanziamento di determinate spese connesse ai flussi turistici o alla mobilità urbana. Ora, tenuto conto che il menzionato art. 12, co.1, lett. d) si riferisce ai tributi propri dei comuni, non risulta chiaro quale possa essere il senso della conferma nell'art. 15 di una previsione che non interessa specificamente le città metropolitane.

L'art. 23, che si colloca nel capo VIII della l. n. 42, intitolato "*Norme transitorie e finali*", detta una disciplina transitoria che consente, in via facoltativa, una prima istituzione delle città metropolitane, e che è destinata a restare in vigore fino all'emanazione di un'apposita legge, la quale stabilirà le modalità per la definitiva istituzione delle città metropolitane ed individuerà le funzioni fondamentali, gli organi ed il sistema elettorale di queste ultime. Segnatamente il co. 1 dell'art. 23 prevede che "*il presente articolo reca in via transitoria, fino alla data di entrata in vigore della disciplina ordinaria riguardante le funzioni fondamentali, gli organi e il sistema elettorale delle città metropolitane che sarà determinata con apposita legge, la disciplina per la prima istituzione delle stesse*". Il co. 2 dell'art. 23 prevede che le città metropolitane possono essere istituite nelle aree metropolitane in cui sono compresi i comuni di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria. Rispetto alle aree metropolitane individuate dalla normativa attualmente vigente, dettata dall'art. 22, co.1., del d. lgs. n. 267 del 2000, recante il T.U.E.L., risulta aggiunto il comune di Reggio Calabria ed, invece, escluso il comune di Roma. I motivi di tale esclusione devono essere ricercati nella previsione, contenuta nell'art. 24 della l. n. 42, recante una specifica normativa transitoria sull'ordinamento di Roma capitale che si applica "*fino all'attuazione della disciplina delle città metropolitane*" mediante l'adozione di un'apposita legge. Peraltro, il co. 9 del citato art. 24 prefigura la possibilità che in futuro, quando appunto sarà emanata la legge recante la disciplina ordinaria delle città metropolitane, sia istituita la città metropolitana di Roma capitale². Va inoltre precisato che l'istituzione

² Per un approfondimento sul punto si veda G. AMATO, *Roma capitale (commento all'art. 24)*, in V. NICOTRA,

delle città metropolitane nell'ambito delle aree metropolitane, indicate nel co. 2 dell'art. 23, presuppone la precedente delimitazione di queste ultime, la quale resta regolata dalla disciplina vigente contenuta nell'art. 22 del T.U.E.L. Attualmente, solo Venezia, Genova, Bologna e Firenze hanno proceduto a delimitare il territorio dell'area metropolitana, mentre Torino, Milano, Napoli, Bari e Reggio Calabria, non hanno ancora effettuato la suddetta delimitazione. Con la conseguenza che per questi comuni la normativa transitoria sulle città metropolitane, introdotta dalla legge delega sul federalismo fiscale, sembrerebbe potersi applicare solo a partire dal momento dell'effettiva delimitazione dell'area metropolitana, da compiersi secondo le modalità previste dalla disciplina vigente.

È necessario altresì evidenziare che nell'elenco delle aree metropolitane, contenuto nel co. 1 dell'art. 23, sono ricomprese solo le aree metropolitane delle regioni a statuto ordinario, mentre non sono incluse le aree metropolitane delle regioni a statuto speciale, vale a dire quelle in cui sono compresi i comuni di Trieste, Palermo, Catania, Messina e Cagliari. Con riguardo a questi ultimi sembrerebbe quindi rimanere applicabile la norma di cui all'art. 22, co. 3, del T.U.E.L. che rimette all'autonomia esclusiva delle regioni a statuto speciale la disciplina delle città metropolitane.

L'art. 23 della l. n. 42 individua poi alcuni vincoli alla perimetrazione della città metropolitana, prevedendo, al co. 2, che la città metropolitana deve essere istituita nell'ambito di una regione, e, al co. 3, lett. a), che il territorio metropolitano deve coincidere con il territorio di una provincia o di una sua parte, nonché includere il comune capoluogo. La dimensione spaziale della città metropolitana risulta quindi condizionata dalla presenza di ripartizioni territoriali che ne costituiscono,

F. PIZZETTI, S. SCOZZESE (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Roma, Donzelli, 2009, p. 291 ss.; A. PIRAINO, *L'ordinamento complesso di Roma "capitale della Repubblica" e "città metropolitana"*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, p. 795 ss.; S. MANGIAMELI, "*Roma capitale*" ovvero *l'identificazione di un modello istituzionale complesso*, atti del Convegno di Roma del 10 aprile 2003, in AA.VV., *L'ordinamento di Roma capitale*, Napoli, Esi, 2003, p. 31 ss.

talvolta, una significativa limitazione, soprattutto qualora la sfera di influenza della istituzione città metropolitana si estenda oltre i confini della provincia di appartenenza o della regione di riferimento. In particolare, l'individuazione di un vincolo regionale alla perimetrazione della città metropolitana è imposta dalla necessità di evitare che, in sede di istituzione della stessa, siano apportate modifiche ai confini della regione di riferimento, ovvero che venga costituito un ente anomalo a cavallo di più regioni. L'esistenza di un vincolo provinciale si giustifica, invece, alla luce della circostanza che, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 23, l'istituzione a regime della città metropolitana comporta il venir meno della provincia di appartenenza, anche se solo una parte del territorio di quest'ultima viene poi ricompresa all'interno della perimetrazione del nuovo ente. In sostanza l'individuazione del suddetto vincolo provinciale è dettata dall'esigenza di evitare che l'istituzione della città metropolitana determini la cessazione dell'esistenza di una pluralità di province, "scatenando un vero e proprio terremoto" sul sistema provinciale dell'intera regione³. Con specifico riguardo al procedimento di istituzione delle città metropolitane, il co. 2 dell'art. 23 della l. n. 42 dispone che la proposta di istituzione spetta: al comune capoluogo congiuntamente alla provincia in cui è ricompreso; al comune capoluogo congiuntamente ad almeno il venti per cento dei comuni della provincia interessata che rappresentino, unitamente al comune capoluogo, almeno il sessanta per cento della popolazione; alla provincia, congiuntamente ad almeno il venti per cento dei comuni della provincia medesima, che rappresentino almeno il sessanta per cento della popolazione. L'art. 23, co.2, della legge delega sul federalismo fiscale, a differenza dell'art. 23, co. 2, del T.U.E.L. - che prevede un'unica modalità per dare avvio all'*iter* istitutivo della città metropolitana, consistente nell'approvazione di una proposta di statuto con la deliberazione conforme, da un lato, di tutti i consigli comunali

³ Cfr. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *La disciplina delle città metropolitane: un regime transitorio o un trompe l'oeil?* (Commento agli artt. 15 e 23), in V. NICOTRA, F. PIZZETTI, S. SCOZZESE (a cura di), *Il federalismo fiscale*, cit., 2009, p. 282.

coinvolti e, dall'altro, dell'assemblea dei rappresentanti degli enti locali interessati - stabilisce tre diverse possibilità di iniziativa: da parte del comune capoluogo e della provincia di riferimento, congiuntamente tra loro, o separatamente. In particolare, qualora la proposta sia presentata solo da uno dei due enti locali, comune capoluogo o provincia, essa deve essere sostenuta da almeno il venti per cento dei comuni della provincia interessata, che rappresentino nel complesso il sessanta per cento della popolazione. In sostanza, nell'art. 23 della l. n. 42 si prospettano tre differenti modelli di iniziativa per l'istituzione della città metropolitana: il primo che si fonda sulla parità istituzionale dei due enti territoriali principalmente interessati, comune capoluogo e provincia di riferimento; il secondo ed il terzo che vedono, rispettivamente, la preminenza del comune capoluogo e della provincia. La *ratio* complessiva di tale disciplina è quella di favorire nonché di facilitare, in particolare, l'iniziativa del comune capoluogo, o comunque di rendere impossibile l'istituzione della città metropolitana in assenza della manifestazione di una volontà positiva da parte di quest'ultimo. Generalmente, infatti, il comune capoluogo da solo riesce a coprire gran parte di quel sessanta per cento di popolazione della provincia, che è richiesto come condizione necessaria per l'esercizio dell'iniziativa nel procedimento di istituzione della città metropolitana, con la conseguenza che esso può agevolmente formulare la proposta ed avviare l'*iter* istitutivo, limitandosi ad aggregare quel modesto 20 per cento di comuni della provincia che, in ogni caso, devono intervenire a sottoscrivere la proposta⁴.

Il co. 3 dell'art. 23 descrive il contenuto della proposta di istituzione della città metropolitana, la quale deve indicare: la perimetrazione della città metropolitana; l'articolazione interna del territorio dell'ente in comuni; una proposta di statuto provvisorio. In particolare, la perimetrazione della città metropolitana, nel rispetto del principio di continuità territoriale, deve comprendere almeno tutti i comuni proponenti. Inoltre lo statuto provvisorio deve definire le forme di coordi-

⁴ Cfr. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *La disciplina delle città metropolitane*, cit., p. 283.



namiento dell'azione complessiva di governo all'interno del territorio metropolitano e deve disciplinare le modalità per l'individuazione o l'elezione del presidente del consiglio provvisorio della città metropolitana, di cui al successivo sesto comma, lett. b). In proposito ci si chiede in vista di quale azione complessiva di governo queste forme di coordinamento delle funzioni debbano essere definite già in sede di statuto provvisorio, considerato che le funzioni in parola non si identificano con quelle indicate nella lett. f) del co. 6 dell'art. 23, le quali, in quanto espressamente qualificate come fondamentali, sarebbero da considerarsi tassative, e che, peraltro, si connoterebbero comunque come funzioni di coordinamento in virtù della loro stessa natura, ricomprendendo, tra le altre, anche le attività di "strutturazione di sistemi coordinati di gestione di servizi pubblici", nonché quelle di "promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale". Inoltre si osserva che tali competenze spetteranno effettivamente alla città metropolitana solo dopo che essa avrà assunto le funzioni della provincia, una volta, cioè, che si siano insediati i suoi organi definitivi a seguito dell'entrata in vigore della legge ordinamentale, la quale determinerà la cessazione dell'efficacia della disciplina transitoria, almeno con riguardo agli organi provvisori. Si dovrebbe pertanto ipotizzare che anche durante la fase transitoria possano essere assegnati compiti ulteriori da parte dei comuni alla città metropolitana, ad esempio in sede di redazione dello statuto provvisorio. Altrimenti non si comprende quali siano quelle funzioni di coordinamento che lo statuto provvisorio dovrebbe prevedere in capo alla città metropolitana, ai sensi della lett. c) del co. 3 dell'art. 23⁵.

Sempre con riguardo all'*iter* istitutivo delle città metropolitane, il quarto comma dell'art. 23 prevede che sulla proposta di istituzione della città metropolitana deve essere acquisito il parere della regione, da esprimersi entro novanta giorni. Sebbene non sia specificato da quando inizia a decorrere il suddetto termine, in base ad un'interpretazione siste-

⁵ Cfr. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *La disciplina delle città metropolitane*, cit., p. 284.

matica della disposizione in esame, si desume che esso dovrebbe decorrere dal momento in cui la proposta è formulata in via definitiva, secondo le diverse possibilità previste dal co. 2 dell'art. 23. In ogni caso la norma recata dal richiamato quarto comma appare generica, dato che essa non precisa neanche da quale organo debba essere espresso il suddetto parere regionale. Il co. 4 dell'art. 23 stabilisce poi che sulla proposta di istituzione della città metropolitana, previa acquisizione del summenzionato parere regionale, è indetto un *referendum* tra tutti i cittadini della provincia interessata. Il parere regionale non è vincolante, posto che l'eventuale parere negativo della regione non ostacola il proseguimento della procedura. Esso incide unicamente sul *quorum* di validità del *referendum* che è del trenta per cento degli aventi diritto, mentre in presenza di un parere regionale favorevole o, in mancanza di tale parere, il *referendum* non è condizionato da alcun *quorum* di validità. Da tale disposizione traspare la volontà del legislatore non solo di rispettare il ruolo svolto dalla regione nell'ambito della procedura di istituzione della città metropolitana, ma anche di impedire che l'esercizio di tale ruolo possa trasformarsi in un ostacolo difficilmente superabile, bloccando o rinviando a data da destinarsi la conclusione del procedimento. In altre parole, similmente alla norma contenuta nel co. 2 dell'art. 23, che prevede la facilitata proposta di istituzione della città metropolitana ad iniziativa del comune, si è in presenza di una disposizione che mostra chiaramente un *favor* del legislatore per una procedura che agevoli il più possibile la costituzione delle città metropolitane⁶. Inoltre, con specifico riguardo all'indizione del *referendum*, va rilevato che il tenore letterale del co. 4 dell'art. 23 induce a ritenere che, nell'ipotesi in cui il territorio della città metropolitana non coincida completamente con quello della provincia, il *referendum* interesserà comunque i cittadini di tutta la provincia, cioè anche i cittadini dei comuni rimasti fuori dalla perimetrazione della città metropolitana. È necessario altresì evidenziare come la disciplina relativa al refe-

⁶ Cfr. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *La disciplina delle città metropolitane*, cit., p. 284.

rendum confermativo per le città metropolitane di prima istituzione, contenuta nel co. 4 dell'art. 23 della l. n. 42, differisca, sotto numerosi profili, dalla normativa vigente recata dall'art. 23 del T.U.E.L.. In primo luogo quest'ultimo stabilisce un *quorum* per la validità del *referendum* pari ad almeno la metà più uno degli aventi diritto al voto; al contrario la disposizione in esame prevede un *quorum* più basso, che è del trenta per cento in caso di parere regionale negativo. Addirittura, in caso di parere positivo o di assenza di parere, non è previsto alcun *quorum*. In secondo luogo, l'art. 23 del d. lgs. n. 267 del 2000 prevede lo svolgimento del *referendum* entro centoottanta giorni dall'approvazione della proposta, mentre l'art. 23 della l. n. 42 non stabilisce alcun termine per l'indizione del *referendum*. In terzo luogo, mentre la normativa vigente fa semplicemente riferimento al "*referendum a cura di ciascun comune partecipante*", la disposizione della legge delega sul federalismo fiscale prevede che il *referendum* è sottoposto a "*tutti i cittadini della provincia*", con il risultato che sembrerebbe preclusa l'eventuale partecipazione al *referendum* dei cittadini stranieri anche nei comuni dove ciò sia consentito dallo statuto.

Il co. 5 dell'art. 23 stabilisce poi che il procedimento di indizione e svolgimento del *referendum* è disciplinato da un regolamento governativo che deve essere adottato entro novanta giorni dall'entrata in vigore della l. n. 42, ai sensi dell'art. 17, co.1 della l. n. 400 del 1988, su proposta del Ministro dell'interno e di concerto con i Ministri della giustizia, per le riforme sul federalismo, per la semplificazione normativa e per i rapporti con le regioni, nonché nell'osservanza, in quanto compatibili, delle disposizioni della l. n. 352 del 1970, ovvero della legge generale sui *referendum*. Con riguardo a tale norma occorre segnalare che il termine per l'adozione del regolamento in parola è già decorso, senza che quest'ultimo sia stato emanato. Il mancato rispetto del suddetto termine solleva dunque alcune perplessità in ordine all'effettiva volontà di dare attuazione a questa parte della legge delega sul federalismo fiscale relativa alla disciplina transitoria delle città metropolitane di prima istituzione.

Inoltre il co. 6 dell'art. 23 prevede che, al fine dell'istituzione di ciascuna città metropolitana, il Governo è delegato ad emanare entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della l. n. 42, uno o più decreti legislativi, su proposta del Ministro per la semplificazione normativa e del Ministro per i rapporti con le regioni, nonché di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione, dell'economia e delle finanze e per i rapporti con il Parlamento⁷. In proposito - al di là della formulazione letterale della disposizione in esame che potrebbe trarre in equivoco sul punto- sembra plausibile ritenere che non sia necessaria l'emanazione un decreto legislativo per l'istituzione di ciascuna città metropolitana. Ai sensi del co. 6 dell'art. 23, i decreti legislativi in parola devono poi rispettare i seguenti principi e criteri direttivi: a) istituzione della città metropolitana in conformità con la proposta approvata nel *referendum*; b) istituzione, in ciascuna città metropolitana, fino alla data di insediamento dei rispettivi organi, di un'assemblea rappresentativa denominata "*consiglio provvisorio della città metropolitana*", composto da tutti i sindaci che fanno parte della città metropolitana e dal presidente della provincia; c) esclusione che ai componenti del consiglio provvisorio possano essere corrisposti emolumenti, gettoni di presenza o altre forme di retribuzione; d) previsione che, fino alla data di insediamento dei rispettivi organi, il finanziamento degli enti che compongono la città metropolitana assicuri agli stessi una più ampia autonomia di entrata e di spesa in ragione della complessità delle funzioni da esercitarsi in forma associata o congiunta nel limite degli stanziamenti previsti a legislazione vigente; e) previsione che le funzioni fondamentali della provincia siano considerate provvisoriamente funzioni della città metropolitana, con efficacia dalla data di insediamento dei

⁷ Il co. 7 dell'art. 23 prevede poi che gli schemi dei decreti legislativi di cui al co. 6, corredati delle deliberazioni e dei pareri prescritti, sono trasmessi al Consiglio di Stato ed alla Conferenza unificata, che devono esprimere il proprio parere nel termine di trenta giorni. Successivamente i suddetti decreti sono trasmessi alle Camere per l'acquisizione del parere delle competenti Commissioni parlamentari, da rendersi entro trenta giorni dall'assegnazione alle medesime Commissioni.



suoi organi definitivi, ai soli fini delle disposizioni che riguardano le spese e l'attribuzione delle risorse finanziarie e limitatamente alla popolazione e al territorio metropolitano; f) previsione che, con riguardo alla popolazione e al territorio metropolitano, siano considerate funzioni fondamentali della città metropolitana, oltre a quelle proprie della provincia, altre tre funzioni e, segnatamente, la pianificazione del territorio, compresa quella delle reti di infrastrutture, il coordinamento e la gestione dei servizi pubblici, la promozione ed il coordinamento dello sviluppo economico e sociale. La definizione dei principi e dei criteri direttivi di cui alle lettere da a) ad f) del co. 6 dell'art. 23 implica che i decreti delegati compiano scelte specifiche a contenuto parzialmente vincolato. Ad esempio, va evidenziato che, al di là delle indicazioni contenute nella lettera b) in merito al consiglio provvisorio della città metropolitana, il legislatore delegato conserva un'ampia discrezionalità in ordine alla possibilità di prevedere altri organi provvisori di governo, ma, allo stesso tempo, risulta condizionato anche dalle scelte formulate nello statuto provvisorio di ciascuna città metropolitana, il quale è parte integrante della proposta approvata nel *referendum* che, come previsto nella lett. a), vincola comunque il legislatore delegato. Inoltre occorre rilevare che la disposizione recata dalla lettera d) se, da un lato, nel prevedere una più ampia autonomia finanziaria per gli enti che compongono la città metropolitana, individua lo strumento di incentivazione più importante per l'istituzione delle città metropolitane, dall'altro, appare di oscuro significato, in primo luogo, perché pone il limite generale degli stanziamenti previsti a legislazione vigente, in secondo luogo, perché non risulta chiaro a quali ambiti di esercizio associato o congiunto di funzioni si intenda fare riferimento. Qualora si ritenga che le funzioni di cui alla lett. d) siano quelle funzioni che secondo la l. n. 42 necessariamente devono essere esercitate dalla città metropolitana, si opererebbe una singolare forma di "qualificazione implicita", nonché "plurima", di tale ente. Invero, in quest'ottica la città metropolitana sarebbe concepita dal legislatore come un ente titolare di un complesso di funzioni da esercitarsi in forma associa-

ta o congiunta. Con il risultato che si sarebbe in presenza di una non dichiarata forma di associazione o di esercizio congiunto di funzioni obbligatorie e vincolanti. Ciò si tradurrebbe sostanzialmente in un' "espropriazione coatta" di competenze comunali, compiuta peraltro dalla legge senza prevedere alcuna possibilità di partecipazione da parte degli stessi comuni, tranne nel caso in cui si ammetta che le funzioni in questione siano quelle funzioni di coordinamento che gli statuti provvisori dovrebbero individuare come proprie delle città metropolitane. Tuttavia questa ricostruzione - che farebbe salva la partecipazione dei comuni alla decisione in merito all'individuazione delle funzioni della città metropolitana da esercitarsi in forma associata o congiunta - non sembra convincente dato che le funzioni di cui alla lett. d) appaiono difficilmente riconducibili a funzioni di mero coordinamento⁸.

L'ottavo comma dell'art. 23 sancisce la cessazione dell'esistenza delle province nel cui territorio sono istituite le città metropolitane e la contestuale soppressione dei relativi organi, a partire dall'insediamento degli organi rappresentativi dei nuovi enti territoriali, che saranno individuati dalla legge ordinamentale, di cui al co. 1. Tale legge dovrà altresì disciplinare il trasferimento delle funzioni e delle risorse umane, strumentali e finanziarie inerenti alle funzioni assegnate alle città metropolitane, nonchè dare attuazione alle perimetrazioni territoriali di queste ultime. Inoltre si prevede che lo statuto definitivo della città metropolitana sarà adottato dagli organi competenti entro sei mesi dalla data del loro insediamento. Il co. 9 dell'art. 23 stabilisce altresì che, con la richiamata legge di cui al primo comma, sia dettata la disciplina per l'esercizio dell'iniziativa da parte dei comuni della provincia, non ricompresi nella perimetrazione dell'area metropolitana, in modo da assicurare la scelta da parte di ciascun comune in ordine all'inclusione nel territorio della città metropolitana, ovvero in altra provincia già esistente nel rispetto della continuità territoriale. In sostanza, viene for-

⁸ Cfr. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *La disciplina delle città metropolitane*, cit., p. 286.

nita ai comuni, non inclusi nella perimetrazione della città metropolitana di prima istituzione, una seconda possibilità di scelta di far parte della città metropolitana definitiva. Dal combinato disposto dell'ottavo e del nono comma dell'art. 23 sembrerebbe evincersi che nella fase transitoria la provincia continua ad esistere, mentre essa cessa di esistere nella vigenza della disciplina ordinaria delle città metropolitane: i comuni, invece, continuano ad esistere non solo durante ma anche dopo la fine del periodo transitorio, in quanto costituenti l'articolazione interna della città metropolitana.

Dopo aver dettagliatamente esaminato il contenuto degli artt. 15 e 23 della l. n. 42, è possibile affermare che tra le due disposizioni sussistono rilevanti differenze. Segnatamente l'art. 15 è una norma di delega che stabilisce i criteri e i principi direttivi per l'emanazione di un decreto delegato contenente la disciplina del sistema finanziario delle città metropolitane, senza operare alcuna distinzione tra regime transitorio e regime definitivo, e senza predefinire alcun limite di tempo, in via diretta o *per relationem* ad eventi futuri, in ordine alla vigenza del suddetto decreto legislativo. Nel caso dell'art. 23, si è, invece, in presenza di una normativa esplicitamente transitoria, destinata ad essere sostituita a regime dalla disciplina ordinaria dettata da un'apposita legge e riguardante le funzioni fondamentali, gli organi e il sistema elettorale delle città metropolitane. Non si comprende immediatamente quale sia il motivo in base al quale si giustifica la circostanza che, con riguardo ad una legge delega sul federalismo fiscale in cui figurano solo due disposizioni in materia di città metropolitane, l'una preveda criteri e principi direttivi per l'emanazione di un decreto legislativo senza prefissare scadenze temporali circa la sua efficacia, l'altra si configuri, invece, come una norma dichiaratamente transitoria che stabilisce un limite di tempo in ordine alla sua vigenza, seppure incerto nel "quando". In proposito si possono fornire due spiegazioni, le quali non necessariamente risultano tra loro incompatibili. La prima è che, in attesa dell'adozione di una disciplina definitiva in tema di città metropolitane, si sia comunque reputato opportuno in-

dividuare, nei suoi passaggi fondamentali, un procedimento per l'istituzione di tali enti, allo scopo di dare attuazione, seppure in via transitoria, all'art. 114 della Costituzione che configura le città metropolitane, al pari delle regioni, delle province e dei comuni, come enti costitutivi della Repubblica⁹. La seconda è che, in assenza di una legge organica in materia di città metropolitane, si sia ritenuto necessario definirne almeno il sistema di finanziamento in relazione alle funzioni specifiche ad esse attribuite, in modo da consentire alla l. n. 42 di realizzare, fin dall'inizio, un federalismo fiscale "completo", applicabile cioè a tutti gli enti territoriali di cui all'art. 114, nonché in modo da permettere alla stessa, in qualità di legge di coordinamento della finanza pubblica, di configurarsi come legge integralmente attuativa dell'art. 119 cost.. Coerentemente con questa impostazione, l'art. 23 delineerebbe un quadro normativo "embrionale" per le città metropolitane, idoneo a fungere da "stampella istituzionale", alla quale sia possibile "agganciare" la disciplina più strettamente finanziaria di tali enti dettata dall'art. 15. In sostanza, la scelta di inserire nella legge delega sul federalismo fiscale la norma di cui all'art. 23, recante la disciplina transitoria delle città metropolitane, si spiegherebbe in ragione delle finalità di semplificazione ed efficienza, cui è ispirata la legge in parola. Invero, l'art. 23 contiene uno strumentario articolato di disposizioni utile per avviare la regolamentazione del livello istituzionale delle aree metropolitane ed offrire un contributo concreto alla creazione di un governo più efficiente¹⁰.

Tuttavia, in ordine a tale ricostruzione occorre rilevare due profili critici. In primo luogo, con riguardo all'interpretazione secondo cui l'art. 23 costituirebbe un punto di riferi-

⁹Cfr. G. DE MURO, *Art. 114*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, III, p. 2165 ss.; N. VIZIOLI, *Le città metropolitane e Roma capitale*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 221 ss.; F. PIZZETTI, *Il cambiamento costituzionale in Italia tra governance e governabilità democratica dei sistemi complessi*, in *Studi parl. e pol. cost.*, 2001, p. 15.

¹⁰Cfr. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *La disciplina delle città metropolitane*, cit., p. 280.



mento generale per la previsione più specifica contenuta nell'art. 15 in tema di finanziamento delle città metropolitane, va osservato che difficilmente quest'ultima disposizione può trovare immediata applicazione anche nei confronti delle città metropolitane di prima istituzione regolate dall'art. 23, dato che già quest'ultimo, alla lett. d) del suo sesto comma, stabilisce regole specifiche e differenti per il finanziamento dell'esercizio delle funzioni dei nuovi enti nella vigenza della disciplina transitoria. Peraltro, la norma recata dall'art. 15 appare di non agevole applicazione anche a regime definitivo, considerato che, se da un lato, risulta pacifico che alla Città metropolitana saranno attribuite le funzioni fondamentali della provincia e quelle elencate dalla lett. f) del co. 6 dell'art. 23, è altrettanto innegabile che le funzioni ulteriori di tale ente saranno definite dall'apposita legge ordinamentale, di cui al primo comma. Con il risultato che, fino a quando quest'ultima non entrerà in vigore, non sarà possibile verificare se le modalità di finanziamento indicate nell'art. 15 siano adeguate alle competenze previste dalla stessa in capo alla città metropolitana. Ne consegue che, anche se l'art. 15 contiene una delega per l'emanazione di un decreto legislativo di durata illimitata, la piena applicazione della disposizione in parola è in ogni caso rinviata alla futura adozione della legge recante la disciplina ordinaria delle città metropolitane. In secondo luogo, la disciplina transitoria dettata dall'art. 23 si connota come una normativa di compromesso che se, da un lato, potrebbe stimolare l'avvio dell'istituzione della città metropolitana, la quale appare ormai un "miraggio", dall'altro, a causa del continuo rinvio alla futura legge ordinamentale da essa operata, nonché in ragione dei numerosi dubbi emersi in sede di interpretazione, potrebbe ostacolare il perseguimento di tale obiettivo. In sostanza si è di fronte a Città metropolitane "eventuali" e "dalla durata incerta", e alla definizione di

un procedimento che si conclude con l'istituzione di un ente a carattere "provvisorio" quanto ad organi e funzioni. Invero, le funzioni elencate nelle lettere e) ed f) del co. 6 dell'art. 23 sembrano scritte quasi per "memoria", risultando destinate ad essere concretamente esercitate in un futuro lontano, ovvero dopo l'entrata in vigore della legge ordinamentale di cui al primo comma. Anche l'ottavo e il nono comma dell'art. 23 prevedono una serie di adempimenti la cui attuazione è rinviata all'entrata in vigore della legge che disciplinerà in modo organico e definitivo le città metropolitane.

In conclusione il modello di città metropolitana disegnato dagli artt. 15 e 23 della l. delega sul federalismo fiscale appare sostanzialmente evanescente. Ricorrendo ad un'immagine suggestiva, si può affermare che il legislatore ha realizzato una sorta di "trompe l'oeil" istituzionale, un inganno per l'occhio dell'osservatore superficiale che serve solo per riempire con un artificio nominalistico una "tessera" dell'ordinamento, la quale altrimenti resterebbe vuota. Tuttavia tale modello ha il pregio di valorizzare il ruolo della città metropolitana quale ente territoriale "di area vasta", intesa cioè, essenzialmente, come struttura di coordinamento e di esercizio congiunto di funzioni strettamente collegate con il livello comunale. Peraltro, la sperimentazione di tale modello di città metropolitana consentirebbe di "testare" la bontà di un'ipotesi di governo di ente territoriale con competenze plurime, confermando che essa può essere applicata con esiti positivi anche in Italia, analogamente a quanto è accaduto in altri Paesi europei, come la Francia e la Spagna¹¹.

¹¹ Cfr. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *La disciplina delle città metropolitane*, cit., p. 289; G. SORICELLI, *Politiche pubbliche e complessità sociali. Il fenomeno delle aree metropolitane tra riassetto dell'amministrazione locale e riforme costituzionali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2002, p. 843 ss.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.3.2010, n. 1498
Atto amministrativo - violazione di norma imperativa - nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 co. 1 c.c. - non è configurabile - annullabilità dell'atto per violazione di legge - sussiste.

Enti locali - affidamento di servizio pubblico - violazione art. 113 co. 15 bis T.U.E.L. - mancata impugnazione nel termine di decadenza della deliberazione dell'amministrazione a procedere senza gara con l'accordo integrativo - stabilizzazione del rapporto - effetti - nullità contratto integrativo di concessione pubblica - non sussiste.

La c.d. nullità virtuale, ossia quella prevista ai sensi dell'art. 1418 c.c. per violazione di norme imperative, non è configurabile in ambito amministrativo, e le ipotesi alla stessa astrattamente riconducibili vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, sempre imperative e non derogabili dall'amministrazione, dato il loro carattere pubblicistico, si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza dei 60 giorni, a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo; pertanto, l'ente locale che, in costanza di concessione di un servizio pubblico, affidato in seguito a gara pubblica a mezzo di licitazione privata, stipuli con il concessionario un contratto integrativo con una nuova scadenza, non può essere considerato nullo, per violazione dell'art. 113, co. 15 bis T.U.E.L., infatti, la mancata impugnazione, nel termine di decadenza, della deliberazione dell'amministrazione in merito alla scelta di procedere senza esperire una nuova gara ma con un accordo integrativo, ha stabilizzato il rapporto amministrativo che non può essere più invalidato.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, ribadisce ancora una volta l'importante principio in virtù del quale le ipotesi di nullità previste dall'art. 21 *septies* della l. n. 241 del 1990 (mancanza degli elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione, violazione o elusione del

giudicato, nullità cd. testuale ovvero quella espressamente prevista da singole disposizioni di legge) costituiscono un numero chiuso, mentre non può ritenersi applicabile in alcun modo nell'ambito amministrativo la nullità virtuale stabilita dall'art. 1418, co. 1 c.c., ossia la nullità determinata dalla violazione di norme imperative (cfr. in tal senso anche CdS, VI, 13.6.2007, n. 3173 e 26.11.2008, n. 5845). D'altronde il legislatore volontariamente ha ommesso di trasferire nel citato art. 21 *septies* la previsione della nullità virtuale, contrariamente a quanto accaduto per la nullità strutturale e testuale, e ciò in quanto tale categoria avrebbe compromesso troppo gravemente le esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa. Ciò è ancora più comprensibile se si considera che tutte le norme amministrative che regolano l'attività della PA sono imperative: nel diritto amministrativo, infatti, non esiste la dicotomia civilistica norme imperative – norme dispositive (queste ultime derogabili per accordo delle parti). Ad ogni modo, come chiarisce il Consiglio di Stato nella sentenza in oggetto, qualora la norma imperativa violata sia una disposizione di legge, il provvedimento è annullabile ai sensi dell'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990, ma in tal caso l'atto deve essere impugnato nel termine di decadenza di sessanta giorni previsto dall'art. 21 della legge TAR (l. n. 1034 del 1971), che decorre dal giorno dell'avvenuta notifica dell'atto o dalla sua piena conoscenza.

In base a tali argomentazioni il Consiglio di Stato, nel caso di specie, ha riformato la sentenza del TAR Emilia Romagna, Bo, Sez. I, 16.1.2009, n. 26 la quale aveva respinto la domanda di accertamento proposta da un comune e volta all'accertamento della validità ed efficacia di un contratto integrativo di una concessione di un pubblico servizio. In particolare il comune in questione, in seguito a gara pubblica a mezzo di licitazione privata, aveva affidato in concessione ad una cooperativa sociale la gestione decennale di una casa per anziani. In costanza di concessione, l'amministrazione deliberava di procedere all'ampliamento della strut-



tura e, a tal fine, stipulava con la cooperativa sociale che era subentrata nel rapporto di concessione per avere incorporato per fusione la cooperativa originariamente concessionaria, un contratto integrativo il quale, tra l'altro, prorogava la concessione ponendo un termine di scadenza ventennale a decorrere dalla fine dei lavori di ampliamento. Successivamente, però, la società cooperativa in questione aveva chiesto la risoluzione *ex lege* del contratto ai sensi dell'art. 113, co. 15 *bis* del d. lgs. n. 267 del 2000 il quale prevede che “*nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31.12.2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante*”. Di fronte a tale posizione della società, il comune aveva adito il TAR per chiedere l'accertamento della piena validità del contratto. La controparte a sua volta aveva spiegato ricorso incidentale chiedendo in via principale l'accertamento della nullità del contratto integrativo. Il giudice di primo grado ha ritenuto il contratto integrativo nullo ai sensi dell'art. 1418, co. 1 cod. civ., in quanto in contrasto con una norma imperativa, tale dovendosi qualificare l'art. 113, co. 15 *bis*, e perché “*le norme sull'evidenza pubblica, interna e comunitaria, invero, sono poste a tutela di un interesse che trascende quello specifico del singolo contraente pubblico in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza (oltre che a quello dell'imparzialità e della buona amministrazione)*”. Il Consiglio di Stato, invece, in accordo ai principi sopra enunciati, dopo aver precisato che l'art. 113, co. 15 *bis* T.U.E.L. è una norma di carattere transitorio e che nel caso di specie non sia ravvisabile una nullità testuale, ritiene che il contratto integrativo non possa essere ritenuto nullo ai sensi del citato art. 1418, co. 1: infatti la circostanza che la società cooperativa concessionaria non abbia impugnato nel termine di sessanta giorni la delibera comunale con la quale l'ente locale ha deciso di procedere senza esperire una nuova gara, ha stabilizzato il rapporto amministrativo tra le due parti, che non può essere rimesso surrettiziamente in discussione invocando la nullità del

contratto che costituisce esecuzione della delibera (Red. Claudia Marra).

Consiglio di Stato, Sez. V, 4.3.2010, n. 1262

Procedimento amministrativo - partecipazione al procedimento – comunicazioni - atti generali di pianificazione e programmazione - obbligo - insussistenza - fattispecie.

Procedimento amministrativo - partecipazione al procedimento - comunicazioni - atti generali di pianificazione e programmazione - obbligo - insussistenza - eventuale comunicazione dell'ente - strumento collaborativo non autolimitazione procedurale.

Ai sensi dell'art. 13 della l. n. 241 del 1990, l'art. 7 della stessa legge, che prevede la partecipazione dei soggetti interessati mediante lo strumento della comunicazione di avvio del procedimento, non è applicabile agli atti amministrativi generali di pianificazione e programmazione (nella fattispecie in esame si trattava di atti di natura pianificatoria attinenti ai procedimenti di perimetrazione e revisione della ZPS e dei SIC sottratti all'obbligo di comunicazione individuale. Il Consiglio di Stato ha rilevato che nessun obbligo poteva ritenersi assunto dalla regione in ordine alla comunicazione di avvio del procedimento delle deliberazioni oggetto di impugnativa, con specifico riferimento ai promotori dei gravami oggetto dell'appello, perché gli stessi non potevano vantare alcun titolo ad essere interpellati neanche in conseguenza dell'autolimitazione disposta dalla stessa regione). L'art. 13 della l. n. 241 del 1990, che esclude gli atti amministrativi generali di pianificazione e programmazione dall'obbligo della comunicazione ha carattere di stretta interpretazione e la eventuale volontà espressa dall'ente amministrativo, deputato all'emanazione degli atti, di voler estendere la comunicazione dei contenuti degli atti di sua competenza ad altri enti o associazioni, deve intendersi non già come autolimitazione procedurale nell'emanazione dell'atto ma come mero mezzo strumentale volontario volto ad acquisire apporti collaborativi da parte degli enti esponenziali del territorio.

La sentenza, riformando quanto disposto in primo grado dal TAR Friuli Venezia Giulia con la sentenza n. 422/07, ha affermato che, ai sensi dell'art. 13 della l. n. 241 del 1990, la comuni-

cazione di avvio del procedimento non è obbligatoria per gli “atti generali di pianificazione e di programmazione”. Ciò avviene, anche nel caso come quello in esame, in cui l’amministrazione precedente abbia disposto di voler informare dei contenuti delle deliberazioni assunte anche le amministrazioni locali e le associazioni dei portatori di interessi maggiormente rappresentative. La sentenza chiarisce, infatti, che in questi casi l’eventuale volontà dell’ente di voler estendere la comunicazione del contenuto degli atti di sua competenza ad altri enti e/o associazioni deve qualificarsi come mero strumento per acquisire ed incentivare apporti collaborativi da parte degli enti esponenziali del territorio e non come autolimitazione procedurale dalla quale possano derivare l’insorgere di obblighi non previsti dalla legge (*Red. A. Eli-seo*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.3.2010, n. 1208

Comuni e province - consiglio comunale - competenze - atto di programmazione triennale del fabbisogno del personale - esclusione.

La giunta comunale è competente ad emanare tutti gli atti che non siano riservati dalla legge al consiglio comunale e che non ricadano nelle competenze del sindaco; trattasi quindi di competenza di carattere generale e residuale, al contrario di quella del consiglio comunale che è, invece, limitata agli atti espressamente e tassativamente elencati dall’art. 42, co. 2, d. lgs. n. 267 del 2000, in cui non compare l’atto di programmazione triennale del fabbisogno del personale, né si può ritenere che possa rientrare nelle competenze riguardanti “programmi triennali ed elenco annuale di lavori pubblici”, atteso che tale espressione, che compare nell’elenco annuale di cui all’art. 42, co. 2, cit. d. lgs. n. 267 del 2000, si riferisce al solo programma triennale dei lavori pubblici, e non a tutti i programmi triennali.

Nella fattispecie in epigrafe, la ricorrente, in qualità di dipendente comunale, proponeva ricorso avverso una deliberazione adottata dalla giunta comunale concernente la rettifica della delibera della Commissione straordinaria dello stesso comune ed avente ad oggetto il programma triennale del fabbisogno del personale.

La ricorrente, ritenendo di essere in possesso dei requisiti per la stabilizzazione nel posto di lavoro richiesti dalla l. n. 296 del 2006, e dopo aver formulato specifica istanza di assunzione a tempo indeterminato, riteneva che tale richiesta fosse stata accolta con delibera adottata dalla Commissione straordinaria, e che quindi la nuova delibera avrebbe leso la sua posizione soggettiva. Pertanto insorgeva innanzi al TAR Campania deducendo l’incompetenza della giunta comunale ad adottare l’atto di programmazione del fabbisogno del personale. Sul punto, il Consiglio di Stato, nella sentenza di cui è massima, uniformandosi al *dictum* del Tribunale di *prime cure* precisa che rientra tra gli atti di competenza della giunta comunale, ai sensi dell’art. 48, d. lgs. n. 267 del 2000, l’atto di programmazione triennale del fabbisogno del personale che – ai sensi dell’art. 39, co. 1, l. 27.12.1997, n. 449 – gli organi di vertice di tutte le amministrazioni sono tenuti ad effettuare al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzazione delle risorse umane, per il migliore funzionamento dei servizi, compatibilmente con le disponibilità finanziarie.

La giunta comunale, infatti, avendo una competenza di carattere generale e residuale può emanare tutti gli atti che non siano riservati dalla legge al consiglio comunale e che non ricadano nelle competenze del sindaco. L’art. 42, d. lgs. n. 267 del 2000, dopo aver premesso che il consiglio comunale “è l’organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo”, ne enumera tassativamente le attribuzioni; in tale elenco non compare l’atto di programmazione del personale, che, tra l’altro, non può rientrare nelle competenze riguardanti “programmi triennali ed elenco annuale di lavori pubblici”, atteso che tale espressione, si riferisce esclusivamente al programma triennale dei lavori pubblici, e non a tutti i programmi triennali (*Red. Daniela Pozzilli*).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 1.3.2010, n. 1168

Procedimento amministrativo - silenzio inadempienza - rapporti tra l’art. 21 bis l. n. 6.12.1971 n. 1034 e l’art. 2 l. n. 7.8.1990 n. 241 - principio del buon andamento e di effettività dei rimedi di giustizia amministrativa - emanazione di atti meramente istruttori



o interni - interesse all'impugnazione - sussiste.

Nei loro rapporti, l'art. 21 bis l. n. 1034 del 1971 e l'art. 2 l. n. 241 del 1990 si pongono in un rapporto di reciproco completamento, in coerenza con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione e con quello, rilevante anche per la Convenzione Europea per i diritti dell'uomo, di effettività del rimedio di giustizia amministrativa, previsto dall'ordinamento nazionale; pertanto, l'interesse all'impugnazione del silenzio non viene meno per il solo fatto che sia stato emesso un atto meramente istruttorio o comunque interno, dovendosi verificare se sia stato emesso un provvedimento che, senza configurare un arresto del procedimento, corrisponda nel suo contenuto a quello tipico previsto dalla legge, sia pure non soddisfacente.

La questione controversa all'esame del Consiglio di Stato nasce dall'impugnazione di una sentenza con cui il TAR Lazio aveva accolto il ricorso ex art. 21 bis l. n. 1034 del 1971, proposto da alcuni militari appartenenti al corpo della Guardia di Finanza contro il loro comando generale e il ministero dell'economia e delle finanze per mancata adozione dell'atto presupposto, necessario ai fini dell'erogazione dell'indennità di comando terrestre di cui all'art. 52 del d.P.R. 18.6.2002, n. 164 (*"Recepimento dell'accordo sindacale per le Forze di polizia ad ordinamento civile e dello schema di concertazione per le Forze di polizia ad ordinamento militare relativi al quadriennio normativo 2002-2005 ed al biennio economico 2002-2003"*). Tale disposizione ha esteso al personale di terra l'indennità di comando navale di cui all'art. 10 della l. 23.3.1983, n. 78 (*"Aggiornamento della l. 5.5.1976, n. 187 relativa alle indennità operative del personale militare"*) e precisato al co. 3 che, per la sua corresponsione: *"si provvede all'individuazione dei titolari di comando con determinazione delle singole amministrazioni interessate, di concerto con il ministero dell'economia e delle finanze"*.

Le amministrazioni soccombenti in primo grado hanno proposto appello affermando l'inconfigurabilità di un silenzio rilevante ai sensi degli artt. 2 l. n. 241 del 1990 e 21 bis l. n. 1034 del 1971, essendo stati adottati da parte delle medesime alcuni atti da cui emergono: la man-

canza delle risorse economiche necessarie e l'impossibilità giuridica di emanare l'atto di concerto presupposto.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello, in quanto, non ogni atto è idoneo a far venire meno l'interesse all'impugnazione del silenzio, ma soltanto quello che, sia pure non soddisfacente della pretesa del privato, abbia un contenuto corrispondente a quello tipico stabilito dalla legge. Nella specie, gli atti indicati dalle appellanti non avevano il carattere tipico dell'atto di concerto di cui all'art. 52 del d.P.R. citato, pertanto, non potevano far venire meno l'interesse degli originari ricorrenti all'impugnazione del silenzio, né l'obbligo di concludere il procedimento (*Red. A. Farruggio*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 1.3.2010, n. 1156

Atto amministrativo - annullamento - autotutela - richiesta di riesame alla PA della legittimità dell'atto emanato - insussistenza dell'obbligo di riesame in autotutela.

Non sussiste un obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta ad ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile ab extra l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto dall'art. 21 bis l. n. 1034/1971.

Nella fattispecie in commento la società ricorrente aveva impugnato il silenzio-rifiuto in ordine all'atto con il quale essa aveva diffidato e messo in mora il comune ad attivarsi in sede di autotutela al fine di risolvere per inadempimento un contratto di vendita, stipulato a conclusione di una gara con altra società.

La predetta istanza era, pertanto, volta a sollecitare quel tipico potere dell'amministrazione, tradizionalmente espressione di quegli istituti che, ancora oggi, riconoscono nella PA una posizione di preminenza, ricollegata all'esercizio di quei poteri di imperio che richiamano la sovranità dello Stato, e consistente nella *"capacità di farsi giustizia da sé"*.

Varie sono, in dottrina e giurisprudenza, le definizioni della potestà di autotutela: secondo una prima nozione essa si risolverebbe in quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa PA provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in

relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese; secondo altri l'autotutela consisterebbe nel potere dell'amministrazione di far eseguire anche autoritativamente i propri provvedimenti; per altri ancora essa si concretizzerebbe nel potere della PA di riesaminare i propri atti. La pronuncia in questione, nell'aderire a quanto già affermato dal Consiglio di Stato con le sentenze nn. 5408/09 e 6234/08, conferma che le decisioni assunte dalla PA in autotutela possono essere espressione di un potere esercitato spontaneamente al fine di eliminare un atto invalido dall'ordinamento per la risoluzione di un conflitto potenziale, oppure di un potere ugualmente volto alla risoluzione di un conflitto, questa volta, attuale, obbligatoriamente esercitato su ricorso amministrativo del destinatario dell'atto (c.d. autotutela contenziosa) o ancora di un potere necessariamente esercitato per espletare una funzione di controllo (c.d. autotutela necessaria); pertanto, tra le forme, per così dire, "propulsive" dell'autotutela sopra indicate non rientrano le istanze sollecitatorie dell'esercizio di tale potestà, con l'effetto che non vi è alcun obbligo dell'amministrazione di pronunziarsi sulle stesse. Il potere di riesame in questione sarebbe, infatti, espressione di un privilegio pubblicistico grazie al quale la PA, per la particolare rilevanza dell'interesse pubblico, per l'imparzialità che la caratterizza e per la necessità di speditezza dell'azione amministrativa, può "farsi giustizia da sé" e risolvere tutte le controversie attuali e potenziali che derivano dai suoi provvedimenti o dalle sue pretese senza ricorrere all'autorità giudiziaria, diversamente dai privati che per risolvere le liti e affermare i loro diritti debbono ricorrere al giudice (*Red. Fabiola Cordiano*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.2.2010, n. 1150
Accesso ai documenti - esercizio relativo diritto – requisiti - fattispecie concreta.
Ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990, soggetto interessato - e dunque legittimato - a proporre un'istanza di accesso è colui che vanta un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso; pertanto l'Onlus A.N.F.A.A.S. ("Associazione Nazionale Famiglie di Persone con Disabilità Intellettiva e/o

Relazionale"), può legittimamente rivolgersi all'A.S.L. competente istanza d'accesso ai verbali con cui la relativa commissione sanitaria ha accertato l'invalidità di fanciulli o adulti con disabilità intellettiva e relazionali, onde verificare il rispetto del disposto dell'art. 1, co. 3, della l. 15.10.1990, n. 295, che prevede l'effettivo svolgimento delle visite mediche con l'integrazione di un medico di rappresentanza dell'associazione suindicata.

Dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che il diritto d'accesso, strumento procedimentale fondamentale nell'assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa, vada riconosciuto solo ai soggetti portatori di una situazione giuridica qualificata e differenziata (non identificandosi la posizione legittimante nella mera titolarità di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo), che presupponga il carattere personale, serio, non emulativo, né riconducibile a mera curiosità, della richiesta ostensiva. Il diritto di accesso non costituisce, pertanto, un tipo di azione popolare diretta a consentire un controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione, per la tutela di un generico interesse del cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa.

Nel sentenza in esame il Consiglio di Stato ha dichiarato illegittimo il diniego implicito opposto all'Onlus A.N.F.A.A.S. dalla competente A.S.L. provinciale, dal momento che l'accesso era assistito da una piena posizione legittimante, in quanto specificamente finalizzato alla verifica del rispetto dell'art. 1, co. 3, della l. 15.10.1990, n. 295, che prevede espressamente che le commissioni mediche, incaricate di svolgere gli accertamenti sanitari relativi alle domande per ottenere la pensione, l'assegno o le indennità d'invalidità civile o per la concessione degli altri benefici previsti dalla normativa vigente, "...sono di volta in volta integrate con un sanitario in rappresentanza, rispettivamente, dell'Associazione nazionale dei mutilati ed invalidi civili, dell'Unione italiana ciechi, dell'Ente nazionale per la protezione e l'assistenza ai sordomuti e dell'Associazione nazionale delle famiglie dei fanciulli ed adulti subnormali, ogni qualvolta devono pronunziarsi su invalidi appartenenti alle rispettive categorie".

Quanto alla tutela della riservatezza dei singoli invalidi, il giudice amministrativo stabilisce che



essa, in disparte la difficile individuazione di quest'ultimi da parte della suindicata Onlus, può essere agevolmente realizzata tramite l'oscuramento dei singoli nominativi e/o delle patologie accertate, essendo sufficiente, ai fini dell'accesso, la individuazione della categoria astratta di invalidità cui apparteneva il soggetto sottoposto agli accertamenti sanitari (*Red. Federico Frasca*).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.1.2010, n. 24

Accesso ai documenti amministrativi - esercizio del diritto - organizzazioni sindacali - legittimazione - limiti.

Accesso ai documenti amministrativi - organizzazioni sindacali - interesse giuridicamente vincolante – titolarità - conflitto tra sindacato e amministrazione - fattispecie.

Accesso ai documenti amministrativi - esercizio del diritto - materia ambientale - richiesta informazioni - specificità - controllo sull'operato della PA - non si deve limitare.

Accesso ai documenti amministrativi - strumentalità - molteplicità delle situazioni soggettive sottese - requisiti - trasparenza dell'azione amministrativa - limitazioni.

Accesso ai documenti amministrativi - interessi diffusi - conoscenza documenti rivolti ai consumatori - in via diretta e immediata - è limitato.

Le organizzazioni sindacali sono legittimate all'esercizio del diritto di accesso sia iure proprio sia a tutela di interessi giuridicamente rilevanti della categoria rappresentata, purché sussista un collegamento qualificato tra la propria posizione sostanziale e la documentazione di cui si pretende la conoscenza. Tale sfera di legittimazione non può tuttavia tradursi in iniziative di preventivo e generalizzato controllo dell'intera attività dell'amministrazione datrice di lavoro, sovrapponendosi e duplicando compiti e funzioni cui sono ordinariamente preposti organi pubblici, perché in tal caso nella domanda di accesso è assente un diretto collegamento con specifiche situazioni giuridicamente rilevanti. Detta preclusione è espressamente codificata all'art. 24, co. 3, della l. n. 241 del 1990, nel testo novellato dall'art. 16 della l. n. 15 del 2005, in base al quale "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbli-

che amministrazioni"; pertanto, la domanda di accesso deve necessariamente essere giustificata da un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata che trovi collegamento nel documento che si vuole conoscere.

L'organizzazione sindacale può essere titolare di un interesse giuridicamente rilevante all'accesso di atti e documenti amministrativi sia in relazione alla posizione di singoli iscritti sia in relazione ad un interesse proprio, che sia rapportabile a una posizione di parte del conflitto collettivo intercorrente tra sindacato e datore di lavoro, e, quindi, nel settore pubblico, tra sindacato e l'amministrazione che agisce nella veste di datore di lavoro.

La domanda di accesso alle informazioni ambientali – campo in cui si è assistito ad una dilatazione del concetto di interesse sotteso all'accesso – può consistere anche in una generica richiesta di informazioni sullo stato di un determinato contesto ambientale purché questo sia specificato e l'istanza non sia limitata ad un mero controllo ispettivo sull'attività svolta dall'amministrazione.

Il diritto di accesso ai documenti – qualunque sia la sua natura – è strumentale rispetto alla protezione di un'ulteriore o sottesa situazione soggettiva che non necessariamente è di interesse legittimo o di diritto soggettivo, ma che può avere le caratteristiche di un interesse collettivo o diffuso o di un interesse semplice o di fatto, essendo tale diritto riconosciuto a qualsiasi soggetto, purché vi abbia un interesse diretto, concreto ed attuale; pertanto, il principio della trasparenza dell'azione amministrativa non è assoluto e incondizionato, ma subisce alcuni temperamenti basati, oltre che sulla limitazione dei soggetti attivi, anche dalla sussistenza del nesso tra l'esistenza di una situazione giuridicamente rilevante – comprensiva anche degli interessi diffusi – e la documentazione di cui si pretende avere contezza.

Il diritto di accesso non si configura mai come un'azione popolare ma implica sempre un accertamento concreto dell'esistenza di un interesse differenziato della parte richiedente; pertanto, la titolarità di un interesse diffuso non giustifica un generalizzato diritto alla conoscenza di tutti i documenti riferiti all'attività di un gestore del servizio e non collegati alla pre-

stazione dei servizi dell'utenza, ma solo quello limitato alla conoscenza di atti e servizi rivolti ai consumatori, che incidono in via diretta e immediata, e non in via ipotetica, sugli interessi dei consumatori.

Alla stregua dei suesposti principi il Consiglio di Stato ha ritenuto che non sussistesse in capo ad un sindacato di Polizia il diritto di accesso agli atti relativi ai lavori di adeguamento di immobili adibiti a sedi operative.

Tale richiesta era stata infatti avanzata in relazione alla circostanza per cui i lavori di adeguamento alla normativa vigente del poligono di tiro esistente presso una caserma, si erano protratti per tre anni, incidendo in questo modo sulle modalità di svolgimento delle esercitazioni di tiro degli appartenenti alla Polizia di Stato, facenti capo alla caserma stessa. L'interesse così vantato dall'organizzazione sindacale non è stato ritenuto in grado di legittimare l'accesso *de quo*, in quanto di fatto volto a sindacare le modalità con cui l'amministrazione garantisce l'addestramento, e, quindi, ad esercitare quel controllo generalizzato dell'operato delle PA, che, invece, è vietato dalla legge (*Red. Graziella Maria Scarcella*).

TAR Lombardia, Mi, Sez. III, 6.4.2010, n. 981
Comuni e province - ordinanze contingibili ed urgenti - art. 50, co. 5 T.U.E.L. - non oggetto della riforma dei poteri sindacali - circostanze imprevedibili - emergenze sanitarie - requisiti necessari.

Comuni e province - ordinanze contingibili ed urgenti - art. 50, co. 5 T.U.E.L..

L'art. 50, co. 5 del d. lgs n. 267 del 2000 non è stato inciso dalla riforma dei poteri sindacali operata con il d.l. n. 125 del 2008 ed il successivo D.M. di attuazione del 5.8.2008; pertanto, il potere previsto dalla suddetta norma mantiene, quindi, intatti i suoi originari connotati di intervento extra ordinem, che rimane giustificato solo da circostanze imprevedibili che sono all'origine di vere e proprie emergenze igienico sanitarie non fronteggiabili con i normali mezzi ordinari¹. Il disposto del d.m. del 5.8.2008 collega la difesa della sicurezza pubblica al rispet-

¹ Cfr. CdS, V, 16.2.2010 n. 868.

to di norme (preesistenti) che regolano la vita civile, con la conseguenza che il potere sindacale di ordinanza ex art. 54 T.U.E.L., al di fuori dei casi in cui assuma carattere contingibile ed urgente, non può avere una valenza "creativa" ma deve limitarsi a prefigurare misure che assicurino il rispetto di norme ordinarie volte a tutelare l'ordinata convivenza civile, tutte le volte in cui dalla loro violazione possano insorgere fenomeni di criminalità suscettibili di minare la sicurezza pubblica; pertanto, venendo, in tal caso, in gioco interessi che vanno oltre le normali competenze di polizia amministrativa locale, il sindaco, in qualità di ufficiale di governo, assume il ruolo di garante della sicurezza pubblica e può provvedere, sotto il controllo prefettizio ed in conformità delle direttive del ministero dell'interno, alle misure necessarie a prevenire o eliminare i gravi pericoli che la minacciano.

Il TAR Lombardia con la decisione in commento ha accolto il ricorso proposto dai cittadini di un comune - nella specie appartenenti ad etnie di nomadi - avverso l'ordinanza con cui il Sindaco gli aveva ordinato di allontanarsi dall'area in cui gli stessi stazionavano con le loro roulotte, con contestuale ordine di sgombero di ogni persona appartenente al proprio nucleo familiare e di rimozione dall'area interessata dei veicoli, beni di proprietà e qualsiasi altra cosa depositata o in sosta.

Il giudice amministrativo ritiene, infatti, che non sussiste la situazione contingente di emergenza sanitaria prevista dagli artt. 50, co. 5, e 54 T.U.E.L., in quanto la comunità risiedeva già nell'area in oggetto da molti decenni. Inoltre, è mancato un effettivo accertamento del pericolo sanitario compiuto da organi a tal fine competenti. Dalla sentenza in epigrafe si legge, infatti, che, "in assenza di un'accertata, documentata ed effettiva situazione di emergenza sanitaria la sola sussistenza di una situazione di precarietà igienica dei luoghi ove risiedono i ricorrenti deve essere fronteggiata con i mezzi ordinari facendo valere le norme previste dal locale regolamento di igiene, non potendosi ricorrere al potere extra ordinem previsto dalla norma citata". A detta del TAR, il Comune, con l'ordinanza gravata, avrebbe operato una palese discriminazione a danno dei ricorrenti in ragione della loro etnia (*Red. Valeria Coppola*).



TAR Lazio, Sez. III *quater*, 2.3.2010, n. 3250
Accesso ai documenti - silenzio-rifiuto - reiterazione della medesima domanda - impugnazione del provvedimento di rigetto - termini - decadenza.

La mancata impugnazione del diniego all'accesso agli atti e all'attività amministrativa nel termine di trenta giorni, decorrente dalla conoscenza del provvedimento di diniego o dalla formazione del silenzio significativo, non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego, laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo, potendo l'interessato reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa solo 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; pertanto, avendo la seconda istanza contenuto identico alla prima, ne consegue che il ricorso notificato oltre il termine dei 30 giorni previsti a pena di decadenza non può che essere ritenuto tardivo.

Tale è il principio della sentenza n. 3250 del 2.3.2010, con la quale il TAR Lazio ha ritenuto di dover dichiarare irricevibile il ricorso dell'istante; in particolare l'impugnazione in esame era diretta avverso il provvedimento implicito di silenzio-rifiuto in merito ad una richiesta di accesso agli atti amministrativi.

Nella fattispecie, infatti, il ricorrente aveva presentato una domanda di accesso agli atti per poter prendere visione della documentazione relativa alla procedura di avvicendamento del controinteressato alla carica della direzione presso l'istituto resistente, per cui egli stesso prestava la propria opera.

Non ottenendo risposta, il ricorrente presentava una seconda richiesta di accesso con contenuto identico rispetto alla prima; soltanto dopo l'inoltro di questa seconda richiesta e della successiva mancata risposta, lo stesso decideva di impugnare il silenzio-rifiuto formatosi sulle predette domande. La pronuncia, pertanto, aderendo ad un principio consolidato, ha ritenuto il ricorso come tardivo e di conseguenza irricevibile, in quanto i termini per poter impugnare il silenzio-rifiuto decorrono, in ogni caso, dalla prima domanda inoltrata, dato che la seconda

presenta carattere meramente confermativo rispetto all'originaria (*Red. Valentina Mariani*).

TAR Lazio, Sez. III *quater*, 2.3.2010, n. 3241
Procedimento amministrativo - obbligo comunicazione avvio - procedimento di secondo grado - provvedimento sospensione accreditamento - caratteristiche - sussiste obbligo.

Fatta salva la motivata facoltà della PA di adottare provvedimenti cautelari anche prima della comunicazione dell'avvio del procedimento ovvero di omettere del tutto tale adempimento per particolari esigenze di celerità, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale finisce per incidere con effetti restrittivi della rispettiva sfera giuridica, si applica a tutti i procedimenti amministrativi, ossia anche (rectius soprattutto) ai procedimenti di secondo grado che intervengono su precedenti provvedimenti adottati dalla PA; pertanto, il provvedimento di sospensione dell'accreditamento, sebbene per sua stessa natura internale, non può sfuggire alle garanzie poste dall'art. 7 della l. n. 241 del 1990, vista la sua efficacia gravemente afflittiva e considerato che viene in un procedimento di secondo grado.

Il Consiglio di Stato con la sentenza *de qua* ribadisce che costituisce ormai *ius receptum* l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di secondo grado, da parte della PA, ai destinatari del relativo provvedimento finale, che spesso ha natura fortemente afflittiva ed è esercizio di un potere amministrativo discrezionale. Nella fattispecie concreta oggetto della sentenza, i giudici di Palazzo Spada hanno pertanto considerato illegittima la deliberazione della giunta regionale di sospensione dell'accreditamento provvisorio di una casa di cura privata (specializzata in chirurgia addominale) presso il S.S.R., in quanto il suindicato provvedimento non sarebbe stato preceduto dall'avviso di comunicazione d'avvio del procedimento (di secondo grado). Erano state così sacrificate illegittimamente le garanzie in materia di partecipazione e diritto al contraddittorio procedurali stabilite dall'art. 7 l. n. 241 del 1990.

Più in generale, la pronuncia *de qua* consente di considerare definitivamente superato il precedente orientamento giurisprudenziale che ricostruiva i procedimenti in questione, al pari di quelli ad istanza di parte, come un'eventuale "prosecuzione" di quelli di primo grado presupposti. Questa ricostruzione presentava difatti due ostacoli: uno di ordine giuridico, dal momento che dava per presupposto che il secondo procedimento fosse espressione del medesimo potere esercitato con il provvedimento di amministrazione attiva, trattandosi, al contrario, di poteri diversi. Il secondo ostacolo era di ordine sostanziale, ed era costituito dall'assunto, smentito dall'evidenza pratica, che il soggetto destinatario di un provvedimento di primo grado fosse al contempo in possesso di tutte le informazioni utili (autorità procedente, l'oggetto, il responsabile del procedimento *etc.*) anche per il procedimento di secondo grado, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio procedimentale. La sentenza in esame ha pertanto rafforzato il campo d'applicazione dell'obbligo di comunicazione *ex art. 7 cit.*, costituito dall'intera gamma dei procedimenti amministrativi, con l'eccezione *ex lege* di quelli a cui sono sottese esigenze di celerità dell'azione amministrativa od in cui si appalesa inevitabile l'emanazione di provvedimenti cautelari (*Red. Federico Frasca*).

TAR Lazio, Sez. II, 2.3.2010, n. 3242

Procedimento amministrativo - silenzio inadempimento - obbligo della PA a provvedere - sussistenza - anche ove non normativamente sancito - laddove sussistano ragioni di giustizia ed equità.

In tema di silenzio inadempimento può sussistere l'obbligo di provvedere della PA, e il conseguente inadempimento in caso di inerzia della stessa, nel caso in cui l'istanza del privato sia volta a ottenere un provvedimento sfavorevole (repressivo, inibitorio, sanzionatorio) nei confronti dei terzi, sempre che in capo all'istante sia ravvisabile uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella generalizzata della collettività; e ciò anche nei casi in cui l'obbligo di provvedere non sia normativamente sancito, ma vi siano ragioni di giustizia ed equità che impongono l'adozione di un provvedimento in ossequio al

dovere di correttezza e buona fede (nella specie il proprietario di un immobile vicino aveva segnalato in maniera circostanziata l'esistenza di opere edilizie realizzate in assenza di titolo abilitativo ovvero in difformità dalla concessione edilizia rilasciata, e diffidato l'ente locale a provvedere alla loro eliminazione (cfr. CdS, Sez. IV, 15.1.2009, n. 177).

Tale è il principio della sentenza n. 3242 del 2.3.2010, con la quale il TAR Lazio ha accolto il ricorso proposto dal proprietario di un immobile avverso il silenzio serbato dal comune sull'istanza da esso presentata al fine di diffidare l'amministrazione all'adozione di ogni provvedimento utile a reprimere e sanzionare l'avvenuto ampliamento di un fabbricato abusivo realizzato da un terzo confinante, parzialmente, sulla sua proprietà. Il giudice amministrativo ha, dunque, ritenuto doversi condannare la resistente amministrazione qualificando come illegittimo il silenzio da essa serbato sull'istanza avanzata dal ricorrente ravvisando, nella fattispecie, l'avvenuta integrazione di un'ipotesi di inadempimento ad un obbligo a provvedere. Detta determinazione manifesta, pertanto, la piena adesione del TAR Lazio ai principi espressi dalla giurisprudenza più recente ed ormai consolidata in materia di silenzio inadempimento, la quale, all'esito di un processo di rivisitazione critica dell'originario orientamento restrittivo, per il quale il silenzio poteva formarsi solo laddove un obbligo giuridico di provvedere derivasse da una norma di legge, da un regolamento o da un atto amministrativo (cfr. CdS, A.P., 10.3.1978, n. 10; CdS, Sez. VI, 27.3.1984, n. 180), ne ha determinato il superamento, portando all'affermazione del principio generale, per il quale l'obbligo a provvedere non deve necessariamente derivare da una disposizione puntuale e specifica, ma può desumersi anche da prescrizioni di carattere generico e dai principi generali regolatori dell'azione amministrativa (*Red. Matteo Marolla*).

TAR Liguria, Ge, Sez. II, 3.2.2010 n. 230

Atto amministrativo - annullamento straordinario - ratio - presupposti.

Atto amministrativo - annullamento straordinario - ambito d'applicazione - diritti politici - ammissibilità.



Atto amministrativo - annullamento straordinario - materie di competenza statale - atti illegittimi dei comuni - applicabilità.

Atto amministrativo - motivazione per relationem - ammissibilità - condizioni.

Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 T.U.E.L. trova sempre fondamento e ragione d'essere, ad un livello costituzionale non intaccato dalla riforma costituzionale del 2001, anche nell'obbligo gravante sul Presidente del consiglio dei Ministri, sancito dall'art. 95 cost., di assicurare il mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo, nel quadro di unità e di indivisibilità della Repubblica, di cui al sempre fondamentale art. 5 cost.; pertanto, il decreto presidenziale di annullamento straordinario richiede anche la preventiva deliberazione del consiglio dei Ministri, che ne evidenzia, oltre al carattere di atto di alta amministrazione, il raccordo tra la funzione politica e quella amministrativa, con il trasferimento in concreti atti amministrativi delle scelte relative all'amministrazione, effettuate in sede politica. In tema di diritti fondamentali, come quelli politici concernenti l'esercizio dell'elettorato sotto entrambi i profili, attivo e passivo, deve essere sempre garantita l'unità di disciplina; pertanto, ai fini della tutela dell'unità giuridica dell'ordinamento, l'istituto dell'annullamento straordinario ex art. 138 T.U.E.L. deve trovare sempre piena applicazione (quantomeno in ambiti ancora affidati alla competenza esclusiva statale legislativa e di funzioni). Con riferimento alle materie espressamente riservate alla disciplina legislativa esclusiva statale, la posizione dei comuni, delle province e delle città metropolitane, non risulta modificata in termini tali da reputare che gli stessi enti, privi di competenza normativa primaria, possano sostanzialmente sottrarsi alla disciplina statale, in assenza di specifiche espressioni controindicazioni e tenuto conto di una interpretazione in via logica e sistematica della nuova normativa a livello costituzionale; pertanto, nei confronti degli atti illegittimi dei predetti enti trova ancora applicazione l'istituto dell'annullamento straordinario del Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, di cui all'art. 2, co. 3, lett. p) della l. n. 400 del 1988. La motivazione del provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 3, co. 3, della l. n. 241 del 1990 può risultare

da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa – c.d. motivazione per relationem – purché tale atto, sia comunicato e reso disponibile unitamente alla decisione, cioè al provvedimento finale che ad esso si richiama.

Nella sentenza di cui è massima il TAR Liguria respinge il ricorso proposto da un comune avverso il decreto del Presidente della Repubblica recante l'annullamento straordinario di una modifica statutaria del comune ricorrente con cui si estendeva agli immigrati regolarmente residenti il diritto di elettorato attivo e passivo per le elezioni comunali. Tale pronuncia affronta la spinosa questione della legittimità, o meno, dello strumento dell'annullamento straordinario, utilizzato in più occasioni dal Governo per stoppare i tentativi di riconoscimento, da parte degli enti locali, del diritto di voto agli stranieri extracomunitari. E' bene precisare che, a differenza dell'annullamento ministeriale, l'annullamento straordinario ex art. 138 T.U.E.L., raramente attivato, si atteggia effettivamente in modo del tutto particolare in ragione della sua natura di misura estrema, finalizzata ad evitare il pericolo di una rottura dell'unità del sistema amministrativo: l'annullamento governativo può infatti disporsi "in ogni tempo" (seguendo tuttavia un particolare procedimento che prevede un parere del Consiglio di Stato) - ed in ciò si differenzia profondamente da quello disciplinato dall'art. 21 nonies della l. n. 241/1990 - ogniqualvolta sia necessario rimuovere un qualsiasi atto amministrativo non altrimenti eliminabile con i rimedi normalmente offerti dall'ordinamento. Nel caso di specie, è peraltro opportuno sottolineare, a conferma dell'incertezza nella materia affrontata, che il TAR si adagia totalmente sul parere del Consiglio di Stato, espressamente richiamato per relationem nel d.P.R. ed integralmente allegato allo stesso, intervenuto a breve distanza da altro parere reso dallo stesso Consiglio di Stato, per la modifica statutaria di altro comune, pervenuto ad una conclusione diametralmente opposta. In particolare, si sostiene che l'annullamento straordinario, nella materia dei diritti politici, è compatibile con il contesto costituzionale, in specie a fronte del dettato dell'art. 117, co. 2, cost., atteso che, nei settori affidati alla competenza dello Stato, nulla si oppone a che lo Stato preveda la

possibilità di un suo intervento diretto a tutela dell'unitarietà dell'ordinamento. I giudici amministrativi, infatti, ribadiscono, sempre sulla scorta di quanto affermato in sede consultiva dal Consiglio di Stato, che per quel che riguardava l'estensione del diritto di voto ai cittadini extracomunitari nelle elezioni comunali l'illegittimità delle norme statutarie discendeva direttamente dalla riserva di legge contenuta nell'art. 117, co. 2, lett. p) cost., la quale non solo imponeva che la fonte primaria indicasse i criteri di base per la normazione secondaria ma, in virtù del parallelismo stabilito dall'art. 117, co. 6, cost., la competenza dello Stato si estendeva anche alla potestà regolamentare.

Tali limiti, costituzionalmente imposti, implicavano dunque la necessità per la legge statale di indicare in maniera adeguata i limiti all'esercizio del potere normativo eventualmente residuo ai comuni (Red. Giulio Forleo).

TAR Lazio, Rm, 27.1.2010, n. 987

Atto amministrativo - discrezionalità tecnica - sindacato sulla motivazione - vizi.

Atto amministrativo - discrezionalità tecnica - sindacato sulla motivazione - sindacato sul contenuto della scelta - esclusione.

I giudizi delle commissioni mediche non sono sottratti alla verifica da parte del giudice amministrativo in sede di legittimità, almeno quando si prospettino affetti da contraddittorietà, illogicità o irrazionalità o quando emerga una incompleta o non corretta assunzione dei fatti (nella specie, il TAR ha riconosciuto la sindacabilità di un giudizio espresso da una commissione medica in merito alla sussistenza dei requisiti di idoneità all'accesso ad un corso di formazione per allievi agenti della Polizia di Stato). Il sindacato sulla motivazione dell'atto amministrativo, espressione di discrezionalità tecnica, attiene non al contenuto della scelta, bensì al modo con cui essa è stata effettuata, sotto il profilo della conformità dell'attività in concreto esercitata alla norma che conferisce detto potere (nella specie, il TAR ha accolto un ricorso proposto avverso il giudizio di inidoneità, per carenza dei requisiti fisici, espresso da una commissione medica nei confronti di un soggetto che, al termine di un periodo di ferma breve nelle forze armate, aspirava all'immissione nelle carriere iniziali della Polizia di Sta-

to. La commissione, contrariamente a quanto previsto dal bando di concorso e dalla relativa normativa, aveva valutato un singolo episodio di uso di bevande alcoliche, piuttosto che l'abuso delle medesime, causa di inidoneità al servizio).

Il caso oggetto della pronuncia in commento riguarda un concorso pubblico, per titoli ed esami, per l'arruolamento di volontari in ferma breve nelle forze armate, con possibilità, al termine di quest'ultimo, di immissione nelle carriere iniziali di diverse forze dello Stato, tra cui anche la Polizia. Un concorrente, al termine del periodo di ferma breve, non veniva ammesso a frequentare il corso per la formazione di allievi agenti della Polizia di Stato, a seguito del giudizio di inidoneità espresso dalla competente commissione medica, per carenza dei requisiti fisici richiesti. Pertanto, egli impugnava la valutazione della commissione lamentando di essere stato giudicato non idoneo esclusivamente sulla base di sue dichiarazioni spontanee, relative alla irrogazione nei suoi confronti di una contravvenzione stradale per positività all'alcol test e il mancato accertamento dei requisiti di idoneità secondo i criteri stabiliti dal bando di concorso e dai d.P.R. 23.12.1983, nn. 903 e 904 (tali decreti indicano i requisiti psico - fisici ed attitudinali di cui devono essere in possesso gli appartenenti ai ruoli della Polizia di Stato e coloro che aspirano ad accedere a questi ultimi).

Il TAR ha accolto il ricorso proposto, rilevando che la commissione medica aveva valutato l'episodio narrato dal concorrente non come un'ipotesi di uso di bevande alcoliche del tutto irrilevante, ma come fatto significativo ai fini della determinazione di inidoneità al servizio. In particolare, il giudice amministrativo, premesso che anche i giudizi delle commissioni mediche, seppur connotati da discrezionalità tecnica, sono soggetti al controllo dell'autorità giudiziaria per particolari vizi, tra cui la contraddittorietà o illogicità o irrazionalità della motivazione ovvero l'incompleta o non corretta assunzione dei fatti, ha affermato che tale sindacato attiene non al contenuto della scelta, nella specie l'esclusione del ricorrente dal corso, bensì al modo con cui essa è stata effettuata, sotto il profilo della conformità dell'attività in concreto esercitata alla norma che conferisce detto potere. Nella specie, la commissione ave-



va operato in difformità da quanto previsto dal bando di concorso e dalla normativa vigente. Ne è derivato che la valutazione espressa nel caso concreto è da ritenersi carente e non sorretta da una motivazione congrua ed adeguata (Red. Alessandra Farruggio).

TAR Campania, Sa, Sez. I, 21.1.2010, n. 796
Accesso ai documenti amministrativi - associazioni a tutela dei consumatori - presupposti - interessi diffusi - buon andamento della PA - generico interesse di ogni cittadino - non può identificarsi.

Le associazioni a tutela dei consumatori non hanno un diritto di accesso diverso da quello attribuito in generale dalla l. n. 241 del 1990, dovendo, anche in tal caso, la domanda di accesso essere caratterizzata dagli stessi presupposti, quali un oggetto determinato o quanto meno determinabile, la specificità dei documenti richiesti, deve essere finalizzata alla tutela di uno specifico interesse giuridico di cui il richiedente è portatore e, infine, non può essere uno strumento di controllo generalizzato dell'operato della PA ovvero del gestore di un pubblico servizio nei cui confronti l'accesso viene esercitato, non potendo assumere il carattere di una indagine o di un controllo ispettivo cui sono ordinariamente preposti organi pubblici; pertanto, ancorché tale istituto è preordinato – ai sensi dell'art. 22 l. n. 241 del 1990 – a garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, è indubbio che l'accesso è consentito solo ai diretti destinatari dell'atto, che se ne possono eventualmente avvalere per la tutela di una posizione soggettiva, che anche se ha la consistenza di un interesse diffuso, deve essere giuridicamente tutelata, non potendo identificarsi con il generico ed indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa.

Nella sentenza di cui è massima, il TAR Campania enuclea i requisiti legittimanti l'istanza di accesso e nello specifico fa riferimento al caso in cui tale diritto venga esercitato da un'associazione a tutela dei consumatori, rappresentativa di interessi diffusi. In tale ipotesi, occorre verificare la sussistenza di un interesse concreto ed attuale all'accesso, collegato ad una posizione giuridica cui l'ordinamento assegna tutela, in quanto la titolarità o la rappresentatività di inte-

ressi diffusi non giustifica un generalizzato diritto alla conoscenza di tutti i documenti (Red. Alessandra Domenici).

TAR Piemonte, Sez. I, 15.1.2010, n. 234

Procedimento amministrativo - provvedimento ampliativo - contenuto - rilascio - effetti sull'intera procedura - comportamento inadempiente detenuto ex post dal destinatario - irrilevanza.

Ricorso giurisdizionale - mancata impugnazione atto presupposto - genericità dei motivi - inammissibilità.

Il contenuto determinativo di un provvedimento amministrativo è costituito non solo dalla parte dispositiva ma anche dalla parte prescrittiva, rappresentata dall'insieme delle prescrizioni che circondano il rilascio di un titolo autorizzatorio ed entrano a far parte del dispositivo dell'atto, il quale va giudicato, in rapporto al parametro normativo di riferimento, nella sua integralità determinativa, costituita anche dalle prescrizioni imposte al soggetto beneficiario del provvedimento ampliativo; pertanto il rilascio di un titolo autorizzatorio riverbera i suoi effetti sull'intera procedura e non risulta inficiato dal comportamento divergente ed inadempiente detenuto ex post dal destinatario, dovendo l'inottemperanza de qua rilevare in occasione e sede di controlli che l'amministrazione potrà effettuare, il cui negativo esito potrà condurre anche alla revoca sanzionatoria dell'autorizzazione. Il ricorso giurisdizionale promosso ai fini dell'impugnativa di un atto consequenziale ad un altro è affetto dal vizio dell'inammissibilità qualora non contempli la contestuale rituale impugnazione dell'atto ad esso presupposto, sussistendo, inoltre, inammissibilità del gravame per genericità dei motivi quando il giudice adito non sia in grado di individuare con precisione i vizi dedotti dal ricorrente circa l'invalidità del provvedimento impugnato; pertanto, nel giudizio amministrativo l'atto introduttivo deve essere caratterizzato dalla puntuale indicazione delle circostanze dalle quali si possa desumere la fondatezza del vizio denunciato.

Con la sentenza n. 234 del 15.1.2010 il TAR adito ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto da un comune ai fini dell'impugnativa di un'autorizzazione emessa dal ministero dello

sviluppo economico nei confronti di una società. La società resistente, operante nel settore della rete elettrica, aveva, preventivamente, acquisito il parere favorevole della regione competente alla realizzazione di un progetto riguardante la realizzazione di varianti a due elettrodotti. Il ricorso introdotto dal comune è stato dichiarato inammissibile per due motivi: il primo relativo alla mancata impugnazione dell'atto presupposto a quello impugnato, cioè il parere favorevole della regione; il secondo relativo alla genericità dei motivi poiché il Tribunale adito ha ritenuto opportuno confermare il principio di diritto ormai consolidato in base al quale il processo amministrativo necessita della puntuale indicazione del vizio che inficia l'atto impugnato. L'organo giudicante ha, infatti, ritenuto indispensabile la precisazione del profilo sotto il quale il vizio viene dedotto, poiché occorre specificare le circostanze dalle quali possa desumersi la sussistenza del fatto inficiante la validità dell'atto contestato offrendo una sufficiente rappresentazione del contesto fattuale nel quale il vizio trova origine. In mancanza dei suddetti elementi l'atto introduttivo del giudizio risulta inammissibile in ragione della sua genericità (*Red. Rossana Airò*).

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 15.1.2010, n. 19
Comuni e province - manifestazioni nei centri urbani - disposizioni della Direttiva 26.1.2009 del Ministro dell'interno - carattere eccezionale - provvedimenti di regolamentazione delle manifestazioni - prefetto - competenza esclusiva.

Le disposizioni della direttiva 26.1.2009 del Ministro dell'interno per le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili rivestono carattere eccezionale e, di conseguenza, non

*possono che essere interpretate restrittivamente, dovendosi concludere per l'esclusiva competenza del Prefetto (pur nella necessaria intesa con i sindaci) ad assumere i provvedimenti di regolamentazione delle manifestazioni in luogo pubblico, così come statuito dal quarto e ultimo punto della predetta direttiva; pertanto, è illegittima la disciplina delle riunioni in luogo pubblico adottata dal sindaco, essendo la materia di esclusiva competenza e spettanza del Prefetto. La sentenza di cui è massima ha ad oggetto la direttiva 26.1.2009 del Ministro dell'interno la quale, nella propria premessa, precisa che "il diritto costituzionalmente garantito di riunirsi e manifestare liberamente in luogo pubblico costituisce espressione fondamentale della vita democratica e come tale va preservato e tutelato". Alla luce di ciò, ogni limitazione di tale diritto (per ragioni di sicurezza, per la salvaguardia del patrimonio artistico ecc...) deve essere considerata eccezionale, sia con riferimento agli spazi da sottrarre all'esercizio di tale diritto (centri urbani e aree c.d. "sensibili"), sia con riferimento ai soggetti pubblici che siffatte limitazioni possono imporre. Infatti, relativamente ai soggetti pubblici competenti ad intervenire in tali situazioni, l'ultimo punto della direttiva si riferisce espressamente ai (soli) Prefetti, quali soggetti competenti a stabilire regole (d'intesa con i sindaci e sentito il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica) per sottrarre alcune aree alle manifestazioni e prevedere forme di garanzia e regole per lo svolgimento delle stesse; e conclusivamente, afferma che "tali determinazioni troveranno forma in un apposito provvedimento del Prefetto, inizialmente anche in forma sperimentale" (*Red. Valeria Coppola*).*

«.....GA.....»

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE

Corte costituzionale, 26.2.2010, n. 70

Impiego pubblico - copertura finanziaria leggi di spesa regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, co. 116, l. reg. Abruzzo 21.11.2008, n.16 (Provvedimenti urgenti e indifferibili) - artt. 3, 81 e 97 cost. accoglimento.

La norma regionale, dichiarata costituzionalmente illegittima, disciplina il trattamento economico spettante ai dipendenti regionali transitati alle dipendenze delle province a seguito di delega a queste ultime di funzioni amministrative precedentemente svolte dalla regione, prevedendo l'attribuzione di un assegno personale non riassorbibile in caso di differenza negativa tra il trattamento economico percepito alle dipendenze della regione e quello successivamente spettante alle dipendenze della provincia. La Corte accoglie la censura in relazione alla violazione dell'art. 81, co. 4, cost. in quanto tale previsione di un assegno non riassorbibile costituisce fonte di aumento della spesa complessiva rispetto alla originaria previsione del solo assegno riassorbibile. Il legislatore regionale avrebbe dovuto quantificare l'aggravio di spesa derivante dalla modificata previsione legislativa e provvedere specificamente alla sua copertura ai sensi dell'art. 81 cost. che, sebbene espressamente riferito alla leggi di spesa statali, si applica anche alle leggi di spesa regionali. Le questioni relative alla violazione degli artt. 3 (principio di uguaglianza) e 97 (buon andamento) sono state dichiarate assorbite. Per i precedenti in materia di copertura finanziaria delle leggi di spesa regionali si vedano, nello stesso senso, le sentenze c. cost. n. 213 del 2008 e n. 359 del 2007 (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 26.2.2010, n. 69

Centri di telefonia in sede fissa - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - L. reg. Veneto 20.11.2007, n. 32 (Regolamentazione dell'attività dei centri di telefonia in sede fissa – phone center) - art. 117 cost. - ac-

coglimento.

La Corte costituzionale dichiara in primo luogo costituzionalmente illegittima l'art. 12 della legge in oggetto censurato dal TAR remittente in quanto la norma – nella parte in cui prescrive l'obbligo di conseguire l'autorizzazione comunale, anche per i titolari di centri di telefonia in sede fissa che già esercitano attività di cessione al pubblico di servizi telefonici alla data di entrata in vigore della stessa legge regionale – viola l'art. 117 cost. Come chiarisce la Corte, la previsione da parte del legislatore veneto di una specifica autorizzazione per i centri di telefonia già attivi, ulteriore rispetto alla denuncia di inizio attività di cui all'art. 25 del codice delle comunicazioni elettroniche, è infatti incompatibile con le scelte operate dal legislatore statale in tema di liberalizzazione dei servizi di comunicazione elettronica e di semplificazione procedimentale. Inoltre, considerato che l'intera disciplina adottata dal legislatore veneto per il centri di telefonia in sede fissa “si sviluppa a partire dalla previsione dell'autorizzazione comunale quale nucleo essenziale dell'intero impianto normativo”, la Corte si spinge a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'intera legge de quo, ai sensi dell'art. 27, l. 11.3.1953, n. 87. La Corte ha infatti rinvenuto tra tutti gli altri articoli della legge impugnata un inscindibile rapporto strumentale alla disposizione dichiarata incostituzionale. In argomento, v. precedenti utili alla sentenza in oggetto: C. cost., 24.10.2008, n. 350 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. reg. Lombardia 3.3.2006, n. 6 (Norme per l'insediamento e la gestione di centri di telefonia in sede fissa) (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 26.2.2010, n. 68

Prorogatio consigli regionali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorsi dello Stato - l. reg. Abruzzo 24.11.2008, n. 17 (Norme regionali contenenti l'attuazione della parte terza del d. lgs. n. 152/06 e s.m.i. e disposizioni in materia di per-

sonale); **l. reg. Abruzzo 15.10.2008, n. 14 (Modifiche ed integrazioni alla l. reg. 10.3.2008, n. 2. Provvedimenti urgenti a tutela della Costa Teatina) - art. 86, co. 3, statuto regione Abruzzo - accoglimento.**

La Corte, riuniti opportunamente i ricorsi per identità dei profili di illegittimità sollevati, dichiara incostituzionali le due leggi regionali in oggetto in quanto approvate successivamente allo scioglimento del consiglio regionale e dunque in regime di prorogatio, senza rispettare - come emerge da un esame del loro contenuto - i limiti costituzionali dell'attività degli organi prorogati. Come ricorda la Corte, alla luce dell'art. 123, co. 1, cost., che affida allo statuto ordinario la definizione della forma di governo e l'enunciazione dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della regione, spetta allo statuto disciplinare la prorogatio; tuttavia la potestà statutaria va pur sempre esercitata in armonia con i precetti e con i principi ricavabili dalla Costituzione. La circostanza che lo Statuto della regione Abruzzo (art. 86, co. 3), nel prevedere genericamente l'istituto della prorogatio non rechi alcuna espressa limitazione ai poteri esercitabili dal consiglio e dalla giunta regionale nel periodo successivo alla indizione delle elezioni deve essere interpretata in senso conforme al Costituzione e dunque come "facoltizzante il solo esercizio delle attribuzioni relative ad atti necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili, e non già certo come espressiva di una generica proroga di tutti i poteri degli organi regionali". Come ricorda la Corte, l'esistenza di questi limiti è, infatti, immanente all'istituto della prorogatio a livello nazionale, in applicazione dell'art. 61, co. 2, cost. e discende dalla ratio stessa dell'istituto che è quella di garantire una ragionevole soluzione di bilanciamento tra il principio di rappresentatività ed il principio di continuità funzionale dell'organo. In argomento, v. precedenti utili alla sentenza in oggetto: C. cost., 5.6.2003, n. 196 (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 26.2.2010, n. 67

Tutela dell'ambiente - attività estrattiva - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - Artt. 1 e 3, co. 2, delib. lgs. reg. Sicilia approvata

dall'Ass. reg. il 25.11.2008 (disegno legge n. 133, Norme sulla proroga delle autorizzazioni all'esercizio di cava e sull'aggiornamento del piano regionale dei materiali da cava e del piano regionale dei materiali lapidei di pregio); l. reg. Campania 6.11.2008, n. 14 (Norma urgente in materia di prosecuzione delle attività estrattive) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Oggetto del presente giudizio è costituito dalla l. reg. Campania 6.11.2008, n. 14 e da alcune parti della delibera lgs. reg. Sicilia approvata dall'Assemblea reg. il 25.11.2008, in quanto entrambi gli atti producono delle "proroghe di diritto" delle autorizzazioni concesse per l'espletamento di attività di coltivazione ed estrazione delle cave. La Corte costituzionale, date le similitudini, ha riuniti i giudizi e decretato l'illegittimità costituzionale degli atti in oggetto poiché esse dettano una disciplina in contrasto con le direttive comunitarie in materia di VIA e con la legislazione esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente. Più precisamente, ad avviso della Corte, esse introducono una deroga alla normativa attuativa della dir. CE 27.6.1985, 85/337/CEE, s.m.i., concernente per l'appunto la VIA, in quanto la "proroga di diritto", che entrambi gli atti prevedono, non consente verifiche di conformità agli standard minimi ed uniformi di tutela posti dalla normativa di riferimento. Inoltre, essendo discipline relative alla VIA collocate da consolidata giurisprudenza nell'ambito della tutela ambientale, ex art. 117, co. 2, lett. s), cost., le disposizioni de quo violano la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente. In argomento, v. precedenti conformi della C. cost.: 14.11.2007, n. 378; 18.4.2008, n. 104; 14.11.2008, n. 368; 11.7.2008, n. 271; 22.7.2009, n. 225; 23.7.2009, n. 234; 14.1.2010, n. 1.

Corte costituzionale, 22.2.2010, n. 57

Finanza pubblica - riduzioni di spesa - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Toscana - art. 69, co. 9 e 10, 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) - artt. 117 e 119 cost. - riget-



to.

Le norme censurate introducono disposizioni mirate ad indurre, da un lato, un contenimento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa e, dall'altro, a verificare la rispondenza dei contratti integrativi ai contratti collettivi, mediante comunicazioni periodiche alla Corte dei conti che utilizza tali informazioni ai fini del referto sul costo del lavoro e propone, in caso di esorbitanza delle spese dai limiti imposti dai vincoli di finanza pubblica e dagli indirizzi generali assunti in materia in sede di contrattazione collettiva nazionale, interventi correttivi a livello di comparto o di singolo ente. Al riguardo, la Corte, nel rigettare le eccezioni sollevate, ha affermato che la disposizione in esame non introduce alcun nuovo controllo di merito sugli enti locali, come sostenuto dalla ricorrente, ma prevede soltanto una procedura avente finalità meramente conoscitiva. I giudici hanno ribadito, anche in precedenti sentenze, la legittimità costituzionale delle disposizioni statali che impongono alle pubbliche amministrazioni obblighi di trasmissione di dati finalizzati a consentire il funzionamento del sistema dei controlli sulla finanza di regioni ed enti locali, riconducendole ai principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, con funzione regolatrice della cosiddetta finanza pubblica allargata. Le disposizioni impugnate, avendo natura meramente conoscitiva, non possono essere, pertanto, considerate invasive delle competenze regionali (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 18.2.2010, n. 52

Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Veneto e Calabria - art. 62, co. 01, 1, 2 e 3, 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) - art. 117 cost. - rigetto.

Le regioni Veneto e Calabria hanno proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 del d.l. n. 112/2008, il quale detta una disciplina volta a contenere l'uso degli strumenti finanziari derivati da parte delle regioni e degli enti locali, in modo da contenere l'indebitamento, per violazione, tra gli altri, dell'art. 117 cost. che attribuisce alla potestà legislativa

concorrente Stato regioni il "coordinamento della finanza pubblica". La Corte ha dichiarato la non fondatezza della questione proposta in quanto la norma impugnata verte nella sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela del risparmio e mercati finanziari, di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), cost.. Infatti, detta disposizione costituzionale, nella parte in cui assegna allo Stato la competenza in materia di mercati finanziari, si riferisce, oltre che al mercato bancario e assicurativo, anche a quello mobiliare, che identifica, in realtà, il mercato finanziario in senso stretto. Tale ambito materiale ricomprende tutte quelle misure legislative volte ad assicurare, sul piano macroeconomico e per fini di uniformità sull'intero territorio nazionale, la stabilità finanziaria dei mercati in cui si svolgono le contrattazioni, nonché la tutela del risparmio. La finalità che, con la norma impugnata, ha inteso perseguire il legislatore è proprio quella di garantire la tutela del mercato mobiliare in rapporto alle modalità di accesso delle regioni e degli enti locali alle suddette tipologie di contrattazione, le quali sono, per loro stessa natura, idonee ad alterare i complessivi equilibri finanziari del mercato di riferimento. Del resto, chiarisce la Corte, è innegabile che i derivati finanziari scontino un evidente rischio di mercato, non preventivamente calcolabile, ed esponano gli enti pubblici ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione del contratto. La norma impugnata, tutelando il mercato e il risparmio, assicura anche la tutela del patrimonio dei soggetti pubblici, allo scopo di evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere, appunto, pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività. Infine, la Corte ha sottolineato che la disciplina adottata dal legislatore statale ha, altresì, una diretta incidenza sulla materia dell'ordinamento civile, anch'essa di competenza legislativa esclusiva statale (art. 117, co. 2, lett. l, cost.) (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 11.2.2010, n. 44

Tutela della concorrenza - contratti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - l. provincia

autonoma di Trento 24.7.2008, n. 10. (Modificazioni della l. provinciale 10.9.1993, n. 26, in materia di lavori pubblici, della l. provinciale 13.12.1999, n. 6, in materia di sostegno dell'economia, e della l. provinciale 4.3.2008, n. 1, in materia di urbanistica) - art. 117, co. 2, cost. - accoglimento parziale.

La C. cost. ha dichiarato incostituzionali alcune norme della legge provinciale impugnata (art. 1, co. 6, in materia di interventi eseguiti direttamente da privati a scampo di contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia; art. 1, co. 7, relativo a contratti di sponsorizzazione; art. 4 in materia di lavori eseguiti da soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici; art. 34 in materia di licitazione privata; art. 35 in materia di procedura negoziata; art. 37 in materia di accordo quadro; art. 56 in materia di concessione di lavori pubblici; art. 86 in materia di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto per suo grave inadempimento) in quanto, con riferimento alla disciplina della fase della evidenza pubblica, si pongono in contrasto con le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 163 del 2006) che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo in tema di tutela della concorrenza. La Corte ha chiarito che anche se lo statuto speciale attribuisce alle province autonome di Trento e Bolzano competenza legislativa primaria nella materia dei «lavori pubblici di interesse provinciale» la potestà legislativa deve esplicarsi nei limiti della Costituzione, dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme comunitarie.

Note: La Corte riprende in parte la sentenza C. cost. 23.11.2007, n. 401 in materia di contratti pubblici e tutela della concorrenza e le sentenze 22.07.2009, n. 226 del 2009 e 14.11.2007, n. 378, con riguardo ai limiti alla competenza legislativa primaria prevista dagli statuti delle province autonome (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 11.2.2010, n. 44

Farmaci - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale promosso dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - Art. 12, co. 1, lett. a), l. reg. Puglia, 28.12.2006, n. 39 (Norme relative all'esercizio provvisorio del bilancio di previsione per l'anno finanziario

2007) - art. 117, co. 2, lett. m) , cost. - accoglimento.

Le norme impugnate prevedono la rimborsabilità dei farmaci inibitori della pompa protonica per il solo prezzo minimo, pari a circa € 0,90 per dose giornaliera. La Corte costituzionale ha chiarito che l'erogazione dei farmaci rientra nella competenza legislativa esclusiva dello stato inerente alla determinazione dei livelli essenziali di assistenza ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), cost. Il legislatore nazionale ha previsto, all'art. 6, co. 2, d.l. 347/2001 che le regioni, nel rispetto dei livelli essenziali determinati dallo Stato, possono prevedere totali o parziali esclusioni di rimborsabilità di alcuni farmaci ma solo con provvedimento amministrativo e al solo fine di contenere la propria spesa farmaceutica. Avendo nel caso di specie la regione Puglia previsto la riduzione suddetta con un provvedimento legislativo e non, invece, con provvedimento amministrativo nelle forme e nei modi di cui al suddetto d.l. 347/2001, la C. cost. ha accolto il ricorso e dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata (Red. Francesco Sampugno).

Corte costituzionale, 5.2.2010, n. 34

Impiego pubblico - buon andamento - imparzialità - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 1, co. 1 e 4, l. reg. Calabria 3.6.2005, n. 13 (Norme in materia di nomine e di personale della regione Calabria) - artt. 97 e 98 cost. - accoglimento parziale.

La norma regionale censurata prevede la decadenza automatica, alla data di proclamazione del Presidente della Giunta regionale, di una ampia serie di titolari di organi o enti regionali, nominati nei nove mesi antecedenti la data delle elezioni per il rinnovo degli organi di indirizzo politico della regione. In particolare tali disposizioni si applicano ai direttori generali delle Aziende sanitarie locali e al direttore generale dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente della Calabria (Arpacal). Secondo la Corte costituzionale l'art. 1, co. 1 e 4, l. reg. Calabria 3.6.2005, n. 13 si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98 cost. violando il principio del buon andamento, quello dell'imparzialità amministrativa, il principio del giusto procedimento, dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa ed il legittimo affi-



damento. L'articolo censurato è inoltre illegittimo in quanto sottopone all'identico regime di decadenza automatica, non solo titolari di organi di vertice nominati intuitu personae dall'organo politico, ma anche soggetti che non possiedono l'uno o l'altro di tali requisiti e che sono scelti previa selezione avente ad oggetto le loro qualità professionali. La Corte costituzionale, pertanto, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 4, l. reg. Calabria 3.6.2005, n. 13 nella parte in cui tali disposizioni si applicano ai direttori generali delle Aziende sanitarie locali e al direttore generale dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente della Calabria (Arpacal) (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 4.2.2010, n. 29

Servizio idrico integrato - tutela dell'ambiente e della concorrenza.

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 28, co. 2 e 7, l. reg. Emilia Romagna 30.6.2008, n. 10 (Misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni) - art. 117, co. 2, lett. e) e s), cost. - accoglimento.

Il Presidente del consiglio dei ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, co. 2 e 7, l. reg. Emilia-Romagna 30.6.2008, n. 10, per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e) ed s), cost. La norma regionale censurata prevede la determinazione di oneri tariffari idrici ulteriori e diversi da quelli stabiliti dal legislatore statale. I giudici costituzionali chiariscono che, dall'interpretazione letterale e sistematica dei parametri interposti, ossia degli artt. 154, 155 e 161, d. lgs. 3.4.2006, n. 152, risulta che la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua è ascrivibile alla materia della tutela dell'ambiente e a quella della tutela della concorrenza, ambedue di competenza legislativa esclusiva dello Stato. La tariffa uniforme, adottata con l'interposta legislazione statale, e la sua applicazione da parte delle Autorità d'ambito è finalizzata da un lato, a preservare il bene giuridico "ambiente" dai rischi derivanti da una tutela non uniforme, dall'altro, a garantire uno sviluppo concorrenziale del settore del servizio idrico integrato.

Tali finalità non potrebbero essere realizzate se dovessero trovare applicazione normative regionali con le quali sia prevista la determinazione di oneri tariffari ulteriori o diversi. La C. cost. dichiara, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, co. 2, e 7, l. reg. E. Romagna 30.6.2008, n. 10 per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e) ed s), cost. (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 28.1.2010, n. 28

Tutela dell'ambiente - gestione dei rifiuti - responsabilità penale - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 183, co. 1, lett. n), periodo 4, d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente) - nel testo antecedente alle modifiche introdotte con l'art. 2, co. 20, d. lgs. 16.1.2008, n. 4 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, recante norme in materia ambientale) - artt. 11 e 117, co. 1, cost. - accoglimento.

Il Tribunale ordinario di Venezia, sez. dist. di Dolo, con due ordinanze di analogo tenore, solleva, in riferimento agli artt. 11 e 117, co. 1, cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 183, co. 1, lett. n), periodo 4, d. lgs. 3.4.2006, n. 152, nel testo antecedente alle modifiche introdotte con l'art. 2, co. 20, d. lgs. 16.1.2008, n. 4, nella parte in cui prevede che le ceneri di pirite, ossia polveri di ossido di ferro provenienti dal processo di arrostitimento del minerale, rientrano tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni contenute nella parte quarta del citato codice dell'ambiente. La C. cost., dopo aver inquadrato la definizione di rifiuto, distinguendola da quella di sottoprodotto, in relazione alla normativa comunitaria e alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma in oggetto in quanto detta una disciplina difforme da quella comunitaria e nazionale in materia di rifiuti. In argomento, v. precedenti conformi: C. cost.: 3.6.1983, n. 148, 23.11.2006, n. 394 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 28.1.2010, n. 21

Edilizia e urbanistica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dell'Emilia-Romagna - art. 35, co. 1, 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) - art. 117, co. 3 e 6, cost. - rigetto.

La regione Emilia-Romagna ha proposto questioni di legittimità costituzionale di numerose disposizioni del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133. L'impugnativa relativa all'art. 35, co. 1 del decreto citato, viene trattata separatamente rispetto alle altre questioni proposte nello stesso ricorso. La disposizione censurata detta una disciplina applicativa dell'installazione degli impianti all'interno degli edifici, la definizione di un reale sistema di verifiche degli impianti, nonché la revisione della disciplina sanzionatoria in caso di violazioni degli obblighi stabiliti. La questione di legittimità costituzionale è sollevata in riferimento all'art. 117, co. 3 e 6, cost. poiché per la ricorrente sarebbe lesa la sfera di competenza regionale in materie affidate alla competenza legislativa concorrente: il governo del territorio e la tutela della salute. Secondo la Corte la disposizione impugnata, riguardando profili di sicurezza delle costruzioni, collegati ad aspetti di pubblica incolumità, è riconducibile alla materia della sicurezza, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. h), cost., la quale non si esaurisce nell'adozione di misure relative alla prevenzione e repressione dei reati, ma comprende la tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone, e quindi la salvaguardia di un bene che necessita di una regolamentazione uniforme su tutto il territorio nazionale. Per queste ragioni la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35, co. 1, del d.l. 25.6.2008, n. 112, promossa, in riferimento all'art. 117, co. 3 e 6, cost. (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 28.1.2010, n. 21

Comunità montane - trasferimenti erariali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Liguria - art. 76, co. 6 bis, 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) - artt. 117 e 119 cost. - acco-

glimento.

La norma impugnata dispone una riduzione di 30 milioni di euro, per il triennio 2009-2011, dei trasferimenti erariali a favore delle comunità montane che si trovano ad una altitudine media inferiore a 750 metri sopra il livello del mare. La Corte ha accolto il ricorso chiarendo che la previsione del criterio altimetrico per stabilire le modalità ed i destinatari delle suddette riduzioni esorbita dai limiti della competenza statale e viola pertanto l'art. 117 cost. Il legislatore statale, secondo la Corte, si sarebbe dovuto limitare a fornire al legislatore regionale alcuni indicatori non vincolanti, né dettagliati, né autoapplicativi e preordinati soltanto a dare un orientamento di massima circa le modalità con le quali deve essere attuato il riordino delle comunità montane, così come già chiarito nella sentenza C. cost. 16.7.2009, n. 237. Infine, la Corte accoglie il ricorso anche con riferimento alle modalità di attuazione delle suddette riduzioni che sarebbero dovute avvenire tramite un decreto del ministro dell'interno adottato di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze, senza il coinvolgimento delle regioni. La Corte, considerata la connessione indissolubile tra i problemi del finanziamento e i problemi della stessa esistenza ed articolazione delle comunità montane, afferma che è necessario il pieno coinvolgimento delle regioni nella individuazione dei criteri da adottare per la realizzazione della riduzione del fondo da destinare alle comunità montane (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 21.1.2010, n. 20

Impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica; patrimonio delle regioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorsi delle regioni Toscana ed Emilia-Romagna - artt. 2, co. 14, 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 in l. 6.8.2008, n. 133 - art. 3, 117, 118 e 119 cost. - accoglimento parziale.

La Corte dichiara fondata, per violazione del principio di uguaglianza e del principio di ragionevolezza (art. 3 cost.), la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle ricorrenti



con riferimento all'art. 2, co. 14, d.l. 25.6.2008, n. 112, nella parte in cui non include i beni facenti parte del patrimonio indisponibile delle regioni tra i beni la cui titolarità legittima l'opposizione alla installazione di reti e impianti interrati di comunicazione elettronica in fibra ottica, ove tale attività possa arrecare concreta turbativa al pubblico servizio. La disposizione, infatti, prevede che "i soggetti pubblici non possono opporsi alla installazione nella loro proprietà di reti e impianti interrati di comunicazione elettronica in fibra ottica, ad eccezione del caso che si tratti di beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province e dei comuni e che tale attività possa arrecare concreta turbativa al pubblico servizio". La Corte accoglie il ricorso sostenendo che la norma impugnata riserva irragionevolmente alle regioni un trattamento deteriore rispetto a quello garantito agli altri soggetti pubblici. Trattamento differenziato che è del resto in contrasto con la natura stessa del patrimonio indisponibile il cui trasferimento dallo Stato è stato originato dalla necessità di assicurare alle regioni la effettiva possibilità di esercitare le loro funzioni. La Corte dichiara non fondate le altre due questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla regione ricorrente con riferimento al medesimo art. 2, co. 14, d.l. n. 112/2008 per la asserita violazione degli artt. 118 e 119 cost., per non aver incluso la clausola di salvaguardia con riferimento al patrimonio disponibile delle regioni. Al riguardo la Corte chiarisce che la scelta di non includere i suddetti beni nella clausola di salvaguardia rientri nell'esercizio non manifestamente irragionevole della discrezionalità del legislatore. In secondo luogo, la regione censurava la norma de quo anche in relazione agli artt. 3 e 119 cost. per l'asserita mancata previsione di compensi o canoni per l'utilizzo di suolo pubblico a favore dei soggetti pubblici, i quali verserebbero in tal modo in una condizione irragionevolmente deteriore rispetto ai soggetti privati ai quali, invece, è comunque assicurata dal d. lgs. n. 259/2003 una indennità nel caso di installazioni che impediscano il libero uso della cosa. Secondo la Corte, tuttavia, tale censura deriva da un erroneo presupposto interpretativo in quanto il mancato richiamo, nella norma censurata, dell'art. 92 del d. lgs. n. 259/2003 – il

quale in ordine alle "servitù occorrenti al passaggio con appoggio dei fili, cavi ed impianti connessi alle opere considerate dall'articolo 90", ammette l'indennizzabilità del sacrificio sofferto - non implica che tale ultima norma non possa trovare applicazione, ove ne siano integrati i relativi presupposti (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 21.1.2010, n. 16

Finanza pubblica - interventi strutturali.

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Emilia-Romagna e Calabria - artt. 6 quater, 6 quinquies e 6 sexies, 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) - artt. 117, 118 e 119 cost. - rigetto.

La Corte ha ritenuto non fondate le eccezioni avanzate, rispettivamente, dalle regioni Emilia-Romagna e Calabria sull'art. 6-quater, 6-quinquies e 6-sexies, d.l. 25.6.2008, n. 112. Relativamente all'art. 6-quater, che dispone una revoca delle assegnazioni operate dal CIPE per il periodo 2000-2006, non impegnate o programmate i giudici costituzionali hanno respinto il ricorso chiarendo che la disposizione non viola il principio dell'affidamento, come sostenuto dalla ricorrente, non avendo dato vita ad alcun tipo di rapporto proprio per la mancanza di impegno o programmazione delle somme stanziare.

In merito all'art. 6 quinquies che istituisce un fondo per il finanziamento di interventi mirati al potenziamento delle reti infrastrutturali della telecomunicazione ed energia la Corte ha rigettato il ricorso affermando che la suddetta normativa è di principio e non di dettaglio e dunque non viola la competenza legislativa regionale; La Corte ha in merito chiarito che il vaglio di costituzionalità, che deve verificare il rispetto del rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio, va inteso nel senso che l'una è volta a prescrivere criteri e obiettivi, mentre all'altra spetta l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi e, in ogni caso, nella dinamica dei rapporti tra Stato e regioni, la stessa nozione di principio fondamentale non può essere cristallizzata in una formula valida in ogni cir-

costanza, ma deve tenere conto del contesto, del momento congiunturale in relazione ai quali l'accertamento va compiuto e della peculiarità della materia. Infine, la Corte rigetta anche l'eccezione relativa all'art. 6-sexies, in quanto l'asserita violazione dell'art. 119 cost., per presunta distorsione dei rimborsi dalla loro naturale destinazione dal bilancio regionale, non è stata sufficientemente dimostrata dalla regione Calabria, nonché è espressa in termini tendenziali e quindi ipotetici (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 21.1.2010, n. 15

Finanza pubblica - riduzioni di spesa - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Emilia-Romagna e Veneto - artt. 38, co. 3 e 43, co. 1, 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) - artt. 117 e 120 cost. - rigetto.

La Corte ha ritenuto non fondate le eccezioni avanzate, rispettivamente, dalle regioni Emilia-Romagna e Veneto sull'art. 38, co. 3 e 43, co. 1, d.l. 25.6.2008, n. 112. Relativamente all'art. 38, co. 3, d.l. n. 25.6.2008, n. 112, che provvede alla semplificazione e al riordino della disciplina dello sportello unico per le attività produttive, la Corte osserva che la materia nell'ambito della quale è stata emanata la disposizione censurata deve essere rinvenuta non nel coacervo di materie afferenti a industria, commercio, agricoltura, artigianato, turismo ecc., complessivamente compendiato dalla regione sotto la generica denominazione di attività produttive, ma alla materia del coordinamento informativo statistico ed informatico dei dati della amministrazione statale, regionale e locale attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. r), cost. Per ciò che concerne l'art. 43, co. 1, d.l. 25.6.2008, n. 112, contenente disposizioni volte a stimolare gli investimenti e la realizzazione di progetti di sviluppo di impresa, la Corte respinge le eccezioni sollevate dalle menzionate regioni, in quanto gli interventi previsti sono destinati a garantire un sufficiente sviluppo per le aree del mezzogiorno, pertanto, secondo i giudici costituzionali, rientrano nell'ambito

delle azioni volte a rimuovere gli squilibri economico e sociali previsti dall'art. 119, co. 5, cost. Infine, la Corte in relazione alla presunta violazione del principio di leale collaborazione, afferma che l'acquisizione del parere e non dell'intesa con le regioni, esclude che possa ritenersi violato tale principio (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 15.1.2010, n. 9

Pubblico impiego - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri - art. 24, co. 2, l. reg. Piemonte, 28.7.2008, n. 23 - art. 97 cost. - accoglimento.

La C. cost. ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, co. 2, l. reg. Piemonte, 28.07.2008, n. 23, sollevata dalla presidenza del consiglio dei Ministri, con riferimento all'art. 97 cost., perché la disposizione regionale censurata prevedeva l'affidamento di incarichi dirigenziali, a soggetti esterni alla pubblica amministrazione, senza il previo espletamento di procedure concorsuali. La C. cost., riaffermando il proprio consolidato orientamento giurisprudenziale, ha precisato che le deroghe al principio per cui nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, sia pur espressamente previste dall'art. 97 cost., hanno carattere eccezionale e debbono ritenersi legittime solo in presenza di straordinarie esigenze di interesse pubblico. Nella normativa regionale oggetto di censura, la deroga al sopra menzionato principio, non risulta giustificata dalla presenza di specifici interessi pubblici, con la conseguenza che la stessa deve ritenersi illegittima (Red. Francesco Sarnano).

Corte costituzionale, 14.1.2010, n. 4

Legge elettorale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri - art. 4, co. 3, l. reg. Campania, 27.3.2009, n. 4 - artt. 3, 48 e 51 cost. - rigetto.

La Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, l. reg. Campania, 27.03.2009, n. 4, sollevata dalla presidenza del consiglio dei Ministri, con riferimento agli artt. 3, 48 e 51, cost. La disposizione regionale era stata impugnata perché

introduce la cosiddetta “preferenza di genere”, vale a dire la previsione in base alla quale nel caso di espressione di due preferenze da parte dell’elettore, queste devono necessariamente riguardare un candidato di genere maschile ed uno di genere femminile appartenente alla stessa lista, pena l’annullamento della seconda preferenza. Ad avviso della Corte la sopra citata disposizione regionale, ispirandosi al principio della parità tra i sessi, persegue la finalità di riequilibrare la rappresentanza dei sessi all’interno del consiglio regionale, pertanto risulta in conformità con quanto previsto dall’art. 51 cost. Inoltre, con riferimento specifico all’art. 48 cost., la Corte precisa che la legge non può in alcun modo comprimere o condizionare la facoltà di scelta dell’elettore, ma può predeterminare, come nella normativa oggetto di censura, le modalità con cui tale scelta debba essere effettuata (Red. Francesco Sampugnaro).

Corte costituzionale, 11.1.2010, n. 2

Sanità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, co. 65, 69, 73, 79, 80, 81, 82 e 85, l. reg. Lazio 11.8.2008, n. 14 (Assestamento del bilancio annuale e pluriennale 2008-2010 della regione Lazio) - artt. 3, 5, 81, co. 4, 97, 117, co. 3, 118, co. 1, e 120, co. 2, cost., accoglimento parziale.

Il Presidente del consiglio dei Ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 65, 69, 73, 80, 81, 82 e 85, l. reg. Lazio 11.8.2008, n. 14, in quanto dette disposizioni risulterebbero non coerenti con lo scopo del commissariamento disposto per la realizzazione del piano di rientro dal disavanzo regionale nel settore sanitario, nonché emanate in difetto di qualsiasi previsto coordinamento con i poteri a tal fine attribuiti al commissario ad acta nominato dal Governo. Con riferimento al titolo V della cost., la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità del summenzionato co. 85, per violazione dell’art. 120, co. 2, cost., nella parte in cui non esclude dall’ambito della sua operatività le funzioni e le attività del commissario ad acta per l’attuazione del piano di rientro, in quanto la scelta normativa di riservare agli organi ordinari della regione la modifica delle disposizioni finanziarie, di bilancio e con-

tabili, si risolve in uno svuotamento dei poteri del commissario ad acta. Inoltre, sono stati dichiarati incostituzionali i co. 79, 80, 81 e 82 per violazione dell’art. 120, co. 2, cost., in quanto la proroga automatica dei direttori generali, sanitari ed amministrativi, da essi introdotta, si pone in contrasto con quanto stabilito dalla delibera governativa di commissariamento. Essa, infatti, attribuisce al commissario ad acta il potere di proporre alla regione la sostituzione dei direttori generali delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, nonché quello di disporre motivatamente la sospensione dalle funzioni dei medesimi. La Corte, infine, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale in ordine al co. 65, in quanto il silenzio serbato dalla disposizione normativa sui destinatari degli interventi prioritari posti a base della procedura di commissariamento, rende la medesima norma priva di autonomo contenuto precettivo e, quindi, della capacità di ledere le prerogative del commissario ad acta (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 14.1.2010, n. 1

Acque minerali e termali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 44, co. 8, l. reg. Campania 29.7.2008, n. 8 (Disciplina della ricerca ed utilizzazione delle acque minerali e termali, delle risorse geotermiche e delle acque di sorgente) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Il Presidente del consiglio dei Ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, co. 8, l. reg. Campania 29.7.2008, n. 8, in riferimento all’art. 117, co. 2, lett. s), cost. Innanzitutto i giudici costituzionali sottolineano che, quando si parla di acque minerali e termali, il riparto delle competenze tra Stato e regioni dipende dalla distinzione tra uso delle acque minerali e termali da un lato, ambito di competenza regionale residuale, e tutela ambientale delle stesse acque dall’altro, che risulta materia di competenza esclusiva statale, ai sensi del vigente art. 117, co. 2, lett. s), cost. Sulla base di tale distinzione la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 44, co. 8, l. reg. Campania 29.7.2008, n. 8. Tale articolo, infatti, fissa la durata delle concessioni in cinquanta anni e

non già in trenta anni e una dilatazione eccessiva del termine di durata trentennale, secondo i giudici supremi, urterebbe con la necessità di procedere alla valutazione di impatto ambientale (VIA), che si viene a creare in sede di rinnovo della concessione. Infatti, il principio di temporaneità delle concessioni di derivazione e la fissazione del loro limite massimo ordinario di durata in trenta anni, previsti dall'art. 96, d. lgs. 3.4.2006, n. 152, senza alcuna proroga per le concessioni perpetue in atto, rappresentano livelli adeguati e non riducibili di tutela ambientale, che vengono individuati dal legislatore statale e devono fungere da limite alla legislazione regionale. In argomento, v. precedenti utili per la motivazione della sentenza in oggetto: C. cost., 23.5.2008, n. 168; C. cost., 22.7.2009, n. 225 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 18.12.2009, n. 341

Finanza pubblica - riduzioni di spesa - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della provincia autonoma di Trento e delle regioni Piemonte, Emilia-Romagna, Veneto, Toscana, Valle d'Aosta e Calabria - artt. 61, co. 8, 9, 14, 15, 16, 17, 19, 20 lett. b), 21 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) - artt. 117, 118 e 119 cost. - accoglimento parziale.

La Corte ha ritenuto fondate (limitatamente all'applicazione della norma nei confronti dell'Università della Valle d'Aosta e delle province autonome di Trento e Bolzano) le eccezioni avanzate, rispettivamente, dalla regione Valle d'Aosta sull'art. 61, co. 17, d.l. 25.6.2008, n. 112 e dalla provincia autonoma di Trento sullo stesso art. 61, co. 14 e 15 del medesimo d.l. n. 112 del 2008. Il richiamato co. 17, relativo a misure di riduzioni di spesa, secondo la Corte, viola, in via interposta, le disposizioni contenute nello statuto speciale per la Valle d'Aosta, in quanto prevede, anche per l'Università della Valle d'Aosta, l'obbligo di versare al bilancio dello Stato le somme provenienti dall'applicazione delle misure di contenimento della spesa. I giudici specificano che il regime giuridico dell'Università della Valle d'Aosta, con particolare riguardo al finanzia-

mento dell'ateneo, è disciplinato dall'art. 48-bis dello statuto della medesima regione e da una serie di intese e collaborazioni fra Stato e regione Valle d'Aosta. Pertanto, l'applicazione della disciplina prevista dal d.l. n. 112 del 2008 all'università medesima è incostituzionale. Inoltre, per ciò che riguarda la censura avanzata dalla provincia autonoma di Trento, inerente il combinato disposto dei co. 14 e 15, dell'art. 61 – il quale prevede che le risorse provenienti dalla riduzione dei compensi di dirigenti e sindaci delle strutture sanitarie devono essere destinate dalle regioni al finanziamento dei servizi sanitari regionali - la Corte, limitatamente all'applicazione alle province autonome di Trento e Bolzano, ha ritenuto fondata la questione e incostituzionale la disposizione poiché, ai sensi dell'art. 34, co. 3, l. n. 724 del 1994, le province autonome provvedono interamente al finanziamento del proprio servizio sanitario provinciale. Infine, le questioni di legittimità sollevate nei confronti dei restanti commi sono state dichiarate non fondate (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 18.12.2009, n. 340

Finanza pubblica - governo del territorio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Piemonte, Emilia-Romagna, Veneto e Toscana - art. 58, co. 2, d.l. 26.6.2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento parziale.

Le regioni Piemonte, Emilia-Romagna, Veneto e Toscana hanno proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 58, co. 1 e 2, d.l. 25.6.2008, n. 112. La C. cost., riunendo i quattro giudizi per la sostanziale coincidenza dell'oggetto della questione e dei parametri proposti, dichiara parzialmente incostituzionale la disciplina del piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione. Nello specifico viene dichiarato incostituzionale l'art. 58, co. 2, d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito in l. 2.8.2008, n. 133 (Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 25.6.2008, n. 112) per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. Secondo i giudici costituzionali la norma censurata è lesiva delle prerogative re-



gionali poiché – differentemente da quanto sostenuto dalla ricorrente – tale norma non può essere ricondotta al coordinamento della finanza pubblica, bensì al governo del territorio. Costituendo essa una materia di potestà legislativa concorrente, lo Stato non poteva introdurre una variante alla qualificazione degli immobili come patrimonio disponibile perché, procedendo in questo modo, la disposizione in esame si risolve in una normativa dettagliata che non lascia spazi d'intervento al legislatore regionale. Secondo i giudici della Corte rimane valida, viceversa, la proposizione iniziale del co. 2, l. 02.08.2008, n. 133, laddove dice che “L’inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne dispone espressamente la destinazione urbanistica”. Per la Corte costituzionale, infatti, “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”. In argomento, v. precedenti utili per la motivazione della sentenza in oggetto: C. cost., 26.6.2001, n. 206; C. cost., 28.06.2004, n. 196; C. cost., 27.7.2005, n. 336; C. cost., 23.11.2007, n. 401; C. cost., 25.1.2008, n. 9; C. cost., 2.7.2009, n. 9; C. cost., 2.7.2009, n. 200; C. cost., 24.7.2009, n. 237 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 18.12.2009, n. 339

Energia - governo del territorio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Piemonte ed Emilia-Romagna - artt. 7, 8, co. 3, e 10, d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) - artt. 117, co. 3, e 120 cost. - accoglimento parziale.

Le regioni Piemonte ed Emilia-Romagna hanno promosso questione di legittimità costituzionale degli artt. 7, 8, co. 3, e 10, d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. n.

133/2008. La Corte, con riferimento all’art. 7, ha dichiarato la questione non fondata. Essa stabilisce che laddove l’articolo prevede che il consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, definisce la strategia energetica nazionale e tale proposta è elaborata in accordo con una Conferenza nazionale dell’energia e dell’ambiente, senza una previa intesa con la Conferenza Stato regioni o con la Conferenza Unificata, non si pone in violazione dell’art. 117, co. 3, cost. Ciò perché secondo i giudici non può negarsi che il Governo possa assumere, nel rispetto della sfera di competenza legislativa ed amministrativa delle regioni, un ruolo di impulso ai fini dello sviluppo energetico nazionale, costituendo tale intervento parte della politica generale che ad esso compete tracciare. Per quanto concerne l’art. 8, relativo alla pubblicazione dell’elenco dei giacimenti di idrocarburi marginali, ai fini dell’attribuzione mediante procedure competitive ad altro titolare, la Corte ha riconosciuto l’illegittimità della norma nella parte in cui concerne la mancata partecipazione regionale alla determinazione del decreto ministeriale previsto nel co. 3 dell’art. 8. Questo intervento, infatti, agirebbe nelle materie concorrenti dell’energia e del governo del territorio.

Anche con riguardo all’art. 10, la Corte ha rilevato l’incostituzionalità della norma nella parte in cui individua una nuova priorità di investimento del Fondo rotativo istituito dall’art. 1, co. 355, l.n. 311/2004, senza prevedere l’assunzione del parere della Conferenza Stato-regioni sui programmi che il ministero dello sviluppo economico predispone ai sensi della disposizione impugnata, poiché l’oggetto di tale disposizione non riguarda solo lo sviluppo economico del paese, ma coinvolge anche interessi riconducibili all’energia ed al governo del territorio di competenza regionale.

Corte costituzionale, 18.12.2009, n. 337

Responsabilità amministrativa dei Consiglieri regionali - giudizio per conflitto di attribuzione tra enti - note della Corte dei conti, Procura regionale presso la Sez. giurisdizionale per la regione Siciliana, prot. n. V2004/02645/GA/329641 del 16/10/2008, e prot. n. V2004/02645/GA/331032 del 07/11/2008 - artt. 103 e 117 cost.; art. 6 statu-

to regione Siciliana - rigetto.

La C. conti ha richiesto all'Assemblea regionale siciliana, ai sensi dell'art. 74 del r.d. 12.7.1934, n. 1214 (t.u. delle leggi sulla C. conti), la trasmissione del parere espresso dalla Commissione "Servizi sociali e sanitari" sulla convenzione per l'affidamento del servizio di emergenza sanitaria alla Croce Rossa Italiana, nonché delle generalità dei consiglieri regionali che hanno espresso voto favorevole ai fini di una eventuale azione di responsabilità per danno erariale. La regione sostiene l'assoluto difetto di giurisdizione del giudice contabile sugli atti di natura politica dell'assemblea regionale, la lesione delle attribuzioni costituzionali alla medesima riconosciute e rivendica la insindacabilità dei voti espressi dai consiglieri ai sensi dell'art. 6 Statuto reg.. La Corte rigetta la questione sollevata dalla regione in quanto sono esercitate funzioni amministrative, che non sono riconducibili a forme di autorganizzazione. Pertanto esse debbono ritenersi soggette al potere istruttorio e alla giurisdizione contabile ai sensi dell'art. 103 cost. Per quanto concerne la presunta insindacabilità dei voti prevista dall'art. 6 statuto regione Siciliana, la sentenza afferma che 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. In caso contrario, la fonte regionale potrebbe introdurre una nuova causa di esenzione dalla responsabilità penale, civile o amministrativa, che è materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost..

Note: Per un precedente analogo si veda la sentenza C. cost. 22.10.1999 n. 392, su ricorso per conflitto di attribuzione della regione Lombardia, in cui è affermato il medesimo principio ma è esclusa la responsabilità degli amministratori regionali in quanto avente ad oggetto attività amministrativa prevista da una legge dello Stato (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 14.12.2009, n. 334

Finanza pubblica - contabilità pubblica - tesoreria - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della provincia**autonoma di Trento e della regione Siciliana - art. 77 quater, co. 7, art. 83, co. 21 e 22, d.l. 25.6.2008, n. 112 - art. 8, co. 1, d. lgs. 16.3.1993, n. 268; art. 36 statuto regione Siciliana - accoglimento parziale.**

La Corte ha ritenuto fondate (limitatamente all'applicazione della norma nei confronti delle province autonome di Trento e Bolzano) le eccezioni avanzate dalla provincia autonoma di Trento sull'art. 77-quater, co. 7, d.l. 25.6.2008, n. 112, il quale stabilisce che le entrate costituite da assegnazioni, contributi ecc., trasferiti direttamente dal bilancio dello Stato, devono essere versate alle contabilità speciali delle regioni, province autonome ed enti locali aperte presso le sezioni di tesoreria provinciale, anziché essere accreditate, come espressamente previsto dall'art. 8, co. 1, d. lgs. 16.3.1992, n. 268, sui conti correnti accesi presso la tesoreria centrale dello Stato. Secondo la Corte, infatti, la norma, pur essendo finalizzata – come argomentato dalla resistente – ad una riorganizzazione del servizio di tesoreria statale, determinerebbe un diverso assetto normativo che può essere realizzato solo previa modifica della disposizione di attuazione dello statuto della provincia autonoma. Di converso, la Corte, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale avanzata dalla regione Siciliana sul medesimo articolo e comma, specificando che, nel caso di specie, la norma non viola l'art. 36, statuto regione Siciliana. Tale statuto, infatti, a differenza di quello delle province autonome, non contiene previsioni specifiche in ordine alle modalità di accreditamento delle somme dovute dallo Stato alla regione. La Corte, inoltre, ha ritenuto infondata anche un'altra questione avanzata dalla citata regione Siciliana, inerente l'art. 83, co. 21 e 22, del citato d.l. n. 112, il quale prevede che le somme riscosse in eccedenza rispetto ai tributi erariali e non richieste a rimborso dagli aventi diritto, sono versate al bilancio dello Stato. I giudici costituzionali, al riguardo, specificano che l'art. 36 dello statuto e le relative norme di attuazione si limitano ad attribuire alla regione le entrate tributarie erariali riscosse nell'ambito del suo territorio, dove per tali entrate si deve far riferimento solo ai tributi erariali effettivamente dovuti, e non certo alle somme eccedenti tali tributi, indebitamente corrisposte dai contri-



buenti. (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 11.12.2009, n. 328
Professioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 22, 23, l. reg. Trentino-Alto Adige/Südtirol, 9.7.2008, n. 5 - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.

La C.cost. ha accolto la questione di legittimità costituzionale degli artt. 22, 23, l. reg. Trentino-Alto Adige/Südtirol, 9.7.2008, n. 5, sollevata dalla presidenza del consiglio dei Ministri, con riferimento all'art. 117, co. 3, cost. Le disposizioni regionali censurate prevedevano l'istituzione di un elenco di revisori cooperativi, che avrebbero svolto attività di revisione per conto di associazioni di rappresentanza. Inoltre esse stabilivano quali erano i requisiti, previsti per legge, per essere iscritti in detto elenco. La C. cost., riaffermando il proprio consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto, ha precisato che la potestà legislativa concorrente regionale in materia di professioni deve rispettare il limite per cui l'individuazione delle figure professionali e dei relativi titoli abilitanti deve essere riservato, per esigenze di unitarietà, allo Stato, residuando alle regioni l'individuazione della normativa di dettaglio. L'istituzione di un elenco professionale, nonché l'individuazione dei titoli necessari per l'iscrizione allo stesso, risulta pertanto precluso, alla competenza regionale (Red. Francesco Sampugnaro).

Corte costituzionale, 4.12.2009, n. 322
Determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, certificazione ambientale e di qualità, controlli amministrativi - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Emilia-Romagna - art. 30, co. 1, 2 e 3, 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) - artt. 117 e 118 cost. - rigetto.

La norma impugnata dispone che “per le imprese soggette a certificazione ambientale o di qualità rilasciata da un soggetto certificatore accreditato in conformità a norme tecniche europee ed internazionali, i controlli periodici svolti dagli enti certificatori sostituiscono i con-

trolli amministrativi o le ulteriori attività amministrative di verifica, anche ai fini dell'eventuale rinnovo o aggiornamento delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività”, prevede, poi, che “le verifiche dei competenti organi amministrativi hanno ad oggetto, in questo caso, esclusivamente l'attualità e la completezza della certificazione”. Il secondo comma stabilisce che “detta disposizione attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”. La ricorrente contesta l'autoqualificazione del legislatore statale che fa riferimento alla materia dei livelli essenziali delle prestazioni sostenendo la riconducibilità della norma impugnata alle materie del commercio, dell'industria, dell'agricoltura di competenza residuale regionale. La limitazione dei controlli amministrativi in tale campo andrebbe a ledere la competenza legislativa e regolamentare delle regioni. La Corte rigetta il ricorso riconducendo la norma alla materia trasversale della “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, attribuita dall'art. 117, co. 2, lett. m), cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, cui spetta anche la potestà regolamentare (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 4.12.2009, n. 319
Sicurezza - enti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 1, 2 e 3 l. reg. Lazio 21.7.2008, n. 11 - art. 117, co. 2, lett. g), e h), cost. - rigetto.

La C. cost. ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 l. reg. Lazio 21.7. 2008, n. 11, sollevata dalla presidenza del consiglio dei ministri, con riferimento all'art. 117 co. 2, lett. g), h), cost. In particolare la C.cost. ha precisato come le disposizioni regionali impuginate, che prevedono l'utilizzo di tecnologie innovative per le unità di soccorso in acqua, non ledono in alcun modo le competenze esclusive statali in materia di sicurezza pubblica e di organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici. Le disposizioni censurate infatti, rileva la Corte, non contengono alcuna previsione relativa

all'organizzazione dei servizi di pattugliamento, ma tendono a favorire quest'ultima mediante l'impiego di mezzi tecnologicamente più avanzati e di conseguenza operativamente più efficaci. Né tanto meno l'utilizzo di tecnologie innovative, viene indicata come condizione necessaria per l'utilizzo di mezzi di soccorso, ma solo come condizione per permettere ai soggetti destinatari della norma impugnata di poter fruire dei contributi regionali previsti per l'utilizzo di dette tecnologie (Red. Francesco Sampugnaro).

Corte costituzionale, 4.12.2009, n. 318

Edilizia e urbanistica - riparto competenze - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - Artt. 19, co. 2, e 73, co. 3, l. reg. Liguria 6.6.2008, n. 16 (Disciplina dell'attività edilizia) - rigetto.

Il Presidente del consiglio dei Ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale degli artt. 19, co. 2, 73, co. 3, l. reg. Liguria 6.6.2008, n. 16 in riferimento all'art. 117, co. 2, lett e) ed l), cost. La disposizione censurata, disciplinando la formalizzazione delle pertinenze tra parcheggi e unità immobiliari con atto da trasciversi nei registri immobiliari, introdurrebbe un'ipotesi di trascrizione non prevista dalla legislazione statale, alla cui competenza legislativa è riservata la disciplina della pubblicità immobiliare. Secondo il ricorrente, inoltre, sarebbe stato violato anche il limite della competenza statale in materia di sistema tributario, perché le ipotesi di trascrizione, implicando l'assolvimento dell'imposta ipotecaria, avrebbero introdotto una nuova fattispecie imponibile, anch'essa non disciplinata dalla norma statale. La C.cost. dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 19, co. 2, e 73, co. 3, l. reg. Liguria 06.06.2008, n. 16 in riferimento all'art. 117, co. 2, lett e) ed l), cost. Le disposizioni impuginate, secondo la Corte, non hanno introdotto ipotesi di trascrizione non previste dalla normativa statale; inoltre, la circostanza che alla trascrizione dell'atto consegua l'obbligo di pagare l'imposta ipotecaria non configura alcuna nuova fattispecie imponibile, ma costituisce soltanto un effetto legale della normativa tributaria vigente nella materia de qua (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 4.12.2009, n. 316

Ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 1, co. 1 e 2, l. regione Veneto 26.6.2008, n. 4 (Disposizioni di riordino e semplificazione normativa – collegato alla legge finanziaria 2007 in materia di governo del territorio, parchi e protezione della natura, edilizia residenziale pubblica, mobilità e infrastrutture) - art. 117, co. 1 e 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Lo Stato ha impugnato l'art. 18, co. 1, l. reg. n. 4/2008 che, al fine di dare attuazione nel territorio regionale alle dirr. 92/43/CEE e 79/409/CEE, in materia di protezione ambientale e al d.P.R. 8.9.1997, n. 357 (Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche) prevede che le province, le comunità montane e gli enti gestori delle aree naturali protette predispongano e adottino i piani di gestione previsti dalle misure di conservazione, individuate nella delibera Giunta. reg. 27.7.2006, n. 2371. In particolare, lo Stato si duole della circostanza che le misure di conservazione previste da tale deliberazione della Giunta non sarebbero conformi ai criteri minimi uniformi individuati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17.10.2007 (Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a zone speciali di conservazione – ZSC e a zone di protezione speciale – ZPS). Tale decreto è stato emanato in attuazione dell'art. 1, co. 1226, l. 27.12.2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007) che ha previsto che “al fine di prevenire ulteriori procedure di infrazione”, le regioni provvedano all'attuazione del d.P.R. n. 357/97, “sulla base di criteri minimi uniformi definiti con apposito decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare”. Tale norma peraltro è stata già vagliata dalla Corte che, con la sent. n. 104/2008, ha riconosciuto la competenza statale esclusiva in materia di ZPS e ZSC e ha affermato che il decreto ministeriale recante i criteri minimi uniformi è vincolante per le regioni ordinarie. Sulla scorta di tali considerazioni, alla luce



dell'evidente contrasto tra il d.m. 17.10.2007 e la delibera della Giunta regionale n. 2371/2006, considerato che la disciplina recata da detta delibera riduce la tutela ambientale delle aree ZPS, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, co. 1, della legge de qua per lesione della competenza normativa statale in materia di ambiente ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), cost. Per le stesse ragioni viene dichiarata l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 18, co. 2, della legge impugnata, il quale non richiama il d.m. 17.10.2007 quale vincolo per la Giunta regionale nell'emanare la delibera che definirà "le modalità e le procedure per la predisposizione ed adozione dei piani di gestione da parte dei soggetti di cui al co. 1 e quelle per l'approvazione dei suddetti piani da parte della regione, l'individuazione degli elaborati di cui il piano di gestione si compone, le misure di salvaguardia e gli interventi sostitutivi" (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 4.12.2009, n. 315

Ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 14, co. 1 e 5; 15, co. 3 e 6; 16, co. 1, 4, 6 e 7, l. provincia autonoma di Bolzano 10.6.2008, n. 4 (Modifiche di leggi provinciali in vari settori e altre disposizioni) - artt. 11, 117, co. 1 e 2, lett. s), cost.; artt. 8 e 9, d.P.R. 21.8.1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) - accoglimento parziale.

Le impuginate disposizioni vengono censurate per presunto contrasto con i livelli minimi ed uniformi di tutela dell'ambiente fissati dal legislatore statale. In particolare, viene impugnato, in quanto asseritamente lesivo della competenza statale esclusiva in materia di ambiente, l'art. 15, co. 3, della l. provinciale n. 4/2008, che consente di mettere in esercizio impianti che rilasciano emissioni nell'atmosfera prima che l'Agenzia provinciale per l'ambiente esegua il collaudo e rilasci la relativa autorizzazione. La Corte accoglie il ricorso chiarendo che la disciplina impugnata contrasta con la normativa statale in materia di autorizzazione di impianti che producono emissioni (e, segnatamente con l'art. 269, d. lgs. n. 152/2006), la quale prescrive che l'autorizzazione preceda la

messa in esercizio dell'impianto. Secondo la Corte tale previsione costituisce un livello uniforme di tutela dell'ambiente e pertanto vincola il legislatore regionale. Con analoghe argomentazioni la Corte accoglie il ricorso anche con riferimento all'art. 15, co. 6, della legge provinciale impugnata, nella parte in cui qualifica come impianti termici civili anche quelli la cui produzione di calore è "prevalentemente" destinata al riscaldamento di edifici o al riscaldamento di acqua per usi igienici e sanitari. Ad avviso della Corte ciò contrasta con l'art. 283, co. 1, lett. d), d. lgs. n. 152/06, che definisce come impianti termici civili solo quelli la cui produzione di calore è esclusivamente destinata al riscaldamento di ambienti o di acqua per usi igienici e sanitari. La Corte dichiara poi l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 1, della legge de qua per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, cost, ritenendo che la norma suddetta, attribuendo alla Giunta provinciale il compito di provvedere alla definizione dei cosiddetti "sottoprodotti" senza individuare precisi criteri o vincoli, si pone in contrasto con la dir. 5.4.2006, n. 2006/12/CE, in quanto sottrae alla nozione di rifiuto taluni residui che invece corrispondono alla definizione contenuta nell'art. 1, lett. a), della medesima direttiva. Analogamente, anche l'art. 16, co. 4, viene dichiarato incostituzionale poiché nella parte in cui stabilisce che l'obbligo di tenuta del formulario di trasporto rifiuti non è obbligatorio per i "trasporti di rifiuti che non eccedano la quantità di 30 chilogrammi o di 30 litri al giorno, effettuati dal produttore dei rifiuti stesso non a titolo professionale", si pone in aperto contrasto sia con l'art. 193 del Codice dell'ambiente (il quale esonera dall'obbligo di tenuta del formulario soltanto i trasporti di rifiuti non pericolosi effettuati dal produttore dei rifiuti stessi, in modo occasionale e saltuario, che non eccedano la quantità di trenta chilogrammi o di trenta litri), sia con l'art. 5, co. 3, della dir. 12.12.1991, n. 91/689/CEE (il quale dispone che i rifiuti pericolosi, qualora vengano trasferiti, devono essere accompagnati da un formulario di identificazione). Inoltre, la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 16, co. 6, in quanto, attribuendo alla Giunta la determinazione delle condizioni per l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, si pone in

contrasto con l'art. 212 del d. lgs. n. 152/2006, che, in adempimento degli obblighi comunitari contenuti nella dir. 5.4.2006, n. 2006/12/CE, disciplina in maniera inderogabile procedure e termini di iscrizione al suddetto Albo. Infine, è dichiarata l'illegittimità dell'art. 16, co. 7, della l. de qua nella parte in cui pone un termine per la formazione del silenzio-assenso per l'inizio della campagna di recupero e smaltimento rifiuti molto più breve di quello fissato dal legislatore statale, in evidente violazione di un livello uniforme di tutela dell'ambiente, indicato anche in adempimento di vincoli comunitari. In argomento, v. precedenti conformi: C. cost. n. 5.3.2009, n. 61 e 14.3.2008, n. 62. (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 4.12.2009, n. 314

Tutela dell'ambiente - governo del territorio - concorrenza - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, co. 1, lett. c), e) e m), l. reg. Campania 14.4.2008, n. 4 (Modifiche alla l. reg. 28.3. 2007, n. 4, "Norme in materia di gestione, trasformazione, riutilizzo dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati") - art. 117, co. 1 e 2, lett. e) e s), cost.; artt. 195 - 202, d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (codice dell'ambiente) - accoglimento parziale.

Viene sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1 e 2, lett. e) e s), cost. con riferimento all'art. 1, co. 1, lett. c), e) e m), l. reg. Campania 14.4.2008, n. 4 sotto tre profili attinenti alla tutela ambientale ed ai principi europei della concorrenza. Sotto il primo profilo, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità con riguardo all'art. 1, co. 1, lett. c), l. reg. Campania 14.4.2008, n. 4 avente ad oggetto l'individuazione delle zone idonee e delle zone non idonee alla localizzazione degli impianti di recupero dei rifiuti. Secondo la Corte tale previsione normativa risponde alle esigenze di coordinamento territoriale e rispetta i livelli uniformi di tutela apprestati dallo Stato ai sensi del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, c.d. Codice dell'ambiente. Quanto al secondo profilo, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della norma, ex art. 1, co. 1, lett. e), l. reg. Campania citata, per violazione dell'art. 119, lett. m), d. lgs. 3.4.2006, n. 152 in quanto il piano

regionale di gestione dei rifiuti non contiene misure per la promozione della regionalizzazione della raccolta, cernita e smaltimento dei rifiuti urbani. La Corte afferma, difatti, che la redazione del predetto piano di gestione dei rifiuti rientra nella competenza inderogabile del legislatore regionale al fine di conseguire nel settore unità programmatica. Pertanto, secondo la Corte alle amministrazioni locali inferiori è demandata solamente la possibilità di intervenire in sede di consultazione. L'ultimo profilo attiene alla violazione della competenza statale in materia di tutela ambientale e di tutela della concorrenza laddove l'art. 1, co. 1, lett. m), l. reg. Campania 14.4.2008, n. 4 prevede come unica modalità di affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, da parte della provincia, quella ad enti partecipati a totale o prevalente capitale pubblico. La Corte ne dichiara l'illegittimità costituzionale in quanto detta una disciplina difforme da quella nazionale in materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, riducendo l'area di applicazione delle regole concorrenziali del mercato nel settore degli appalti pubblici. Tuttavia, la Corte fa salva la competenza della provincia ad affidare il servizio di gestione integrata dei rifiuti, in quanto trattasi di autorità d'ambito. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: 17.3.2006, n. 103; 14.11.2007, n. 378; 14.3.2008, n. 62; 15.4.2008, n. 102; 22.5.2009, n. 160; 24.7.2009, n. 249 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 20.11.2009, n. 308

Fondi per lo sviluppo di programmi di investimento - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Emilia-Romagna - art. 4, co. 1, d.l. 25.6.2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica) convertito con modificazioni dalla l. 6.8.2008, n. 133 - artt. 117, co. 3 e 4, cost.; principio di leale collaborazione - rigetto.

Con la presente sentenza la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1 del d.l. de quo, che demanda ad un decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, la disciplina delle moda-



lità di costituzione e funzionamento dei fondi che possono essere istituiti per lo sviluppo di programmi di investimento destinati alla realizzazione di iniziative produttive con elevato contenuto di innovazione. La regione censura la disposizione de quo nella parte in cui incide su materie di competenza regionale residuale – come l'industria – o concorrente – come il sostegno all'innovazione per i settori produttivi – senza prevedere il ricorso allo strumento dell'intesa con la Conferenza unificata, nella emanazione del relativo decreto di attuazione. La Corte rigetta la questione poiché il contenuto delle disposizioni impugnate risulta a suo avviso sostanzialmente programmatico. La norma infatti, limitandosi ad indicare la mera possibilità di istituire fondi di investimento per lo sviluppo di iniziative produttive senza predisporre effettive risorse finanziarie da impiegare per il raggiungimento di tali finalità, è inidonea a ledere le competenze regionali. La C. cost., infine, ribadisce che la lesione potrebbe derivare “non già dall'enunciazione del proposito di destinare risorse per finalità indicate in modo così ampio e generico, bensì (eventualmente) dalle norme nelle quali quel proposito si concretizza, sia per entità delle risorse sia per modalità di intervento sia, ancora, per le materie direttamente e indirettamente implicate da tali interventi” (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 20.11.2009, n. 307

Servizi locali di interesse economico generale - risorse idriche - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 4, co. 1, lett. p), l. reg. Lombardia 18.8.006, n. 18 (Conferimento delle funzioni agli enti locali in materia di servizi locali di interesse economico generale) - artt. 114, 117, co. 2, lett. p), cost. - accoglimento.

Il Presidente del consiglio dei Ministri ha proposto, in riferimento agli artt. 114, 117, co. 2, lett. p), cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 49, co. 1 e 4, l. reg. Lombardia 12.12.2003, n. 26 come sostituito dall'art. 4, co. 1, lett. p), l. reg. Lombardia 18.8.2006, n. 18, il quale disciplina i servizi locali di interesse economico generale con particolare riferimento alla gestione delle risorse idriche sia dal punto di vista dell'organizzazione che della modalità di affidamento del servizio stesso. La scelta re-

gionale di separare obbligatoriamente l'attività di gestione delle reti dall'attività di erogazione dei servizi è, secondo la C.cost., in contrasto sia con l'art. 13, T.U. 18.8.2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) sia con la normativa in tema ambientale dettata dagli artt. 143, 147, 148, 150, 151, 153 e 176, d. lgs. 3.4.2006, n. 152. Il T.U. 18.8.2000, n. 267 rinvia infatti l'individuazione delle fattispecie in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali può essere separata da quella di erogazione degli stessi, alle discipline di settore. Con specifico riferimento al servizio idrico integrato vige la disciplina del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, il quale non prevede la possibilità di realizzare siffatta separazione. Esso, di fatto, stabilendo che il gestore del servizio debba curare la manutenzione, ordinaria e straordinaria, delle reti, esclude che possa realizzarsi una distinzione tra il gestore della rete, tenuto alla manutenzione, ed il soggetto erogatore. Risultano non fondate, viceversa, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 4, l. reg. Lombardia 12.12.2003, n. 26 come sostituito dall'art. 4, co. 1, lett. p), l. reg. Lombardia 18.8.006, n. 18 sollevate in relazione all'art. 117, co. 2, lett. e) e p), cost. poiché la disciplina regionale in esame, pone disposizioni più restrittive e severe, in materia di concorrenza, rispetto a quelle dettate dalla legislazione statale. In argomento, v. precedenti utili per la motivazione della sentenza in oggetto: C. cost., 27.7.2004, n. 272; C. cost., 1.2.2006, n. 29 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 20.11.2009, n. 297

Coordinamento della finanza pubblica - contenimento della spesa pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Veneto - artt. 2, co. 600, e 3, co. 162, l. 24.12.2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2008) - artt. 117, co. 3, e 119 cost. - accoglimento parziale.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 600 dell'art. 2 della l. finanziaria 2008, nella parte in cui impone alle regioni di «attuare i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica» desumibili dai

commi da 588 a 593 dello stesso art. 2; tali disposizioni stabiliscono, ai fini del contenimento della spesa pubblica, la riduzione della cilindrata media delle autovetture di servizio, dell'uso della posta elettronica, in luogo della corrispondenza cartacea e dei servizi internet (VoIP) in luogo delle ordinarie comunicazioni telefoniche. Confermando quanto affermato dalla precedente giurisprudenza costituzionale in tema di individuazione dei principi di contenimento della spesa pubblica, la Corte ha ribadito che le norme statali che fissano limiti alla spesa delle regioni e degli enti locali possono qualificarsi principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica in presenza di due condizioni: in primo luogo, che si limitino a porre obiettivi di contenimento transitorio complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; in secondo luogo, che non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi. In sintesi la legge statale può stabilire solo un limite complessivo, che lascia agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa, senza fissare vincoli puntuali relativi a singole voci di spesa dei bilanci delle regioni e degli enti locali, tali da ledere l'autonomia finanziaria di spesa garantita dall'art. 119 cost. In riferimento alle disposizioni censurate la Corte ha rilevato che, per il loro livello di estremo dettaglio, non possono in alcun modo individuare, neppure in via di astrazione, un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica quale limite complessivo, anche se non generale, della spesa corrente. Esse sono idonee solo a incidere sulle indicate singole voci di spesa, in quanto introducono vincoli puntuali e specifiche modalità di contenimento realizzando un'inammissibile ingerenza nell'autonomia finanziaria regionale. In base a tali considerazioni è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 600, l. 244/2007, in riferimento agli artt. 117, co. 3, e 119 cost.. In argomento, v. precedenti conformi delle sentenze C. cost. 5.12.2008, n. 289; C. cost. 24.4.2008, n. 120; C. cost. 5.12.2007, n. 412; 17.5.2007, n. 169; C. cost. 10.3.2006, n. 88; C. cost. 14.11.2005, n. 417; C. cost. 26.1.2004, n. 36 (Red. Rosa Valentini).

Corte costituzionale, 20.11.2009, n. 283

Concorsi di idee e di progettazione - concorrenza e ordinamento civile - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 5, co. 2; 6; 7; 8 e 16 l. reg. Puglia 10.06.2008, n. 14 (Misure a sostegno della qualità delle opere di architettura e di trasformazione del territorio) - artt. 114 e 117, co. 2, lett. e) e l), cost. - accoglimento parziale.

La Corte dichiara fondata la questione di legittimità in relazione all'art. 5, co. 2 e agli artt. 6 e 7 della l. reg. impugnata, che disciplinano i concorsi di idee e di progettazione concernenti i contratti sotto-soglia, in quanto trattasi di disposizioni che ricadono nell'ambito materiale della tutela della concorrenza, materia attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Secondo la Corte, infatti, "l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza" senza che rivesta alcun rilievo la distinzione tra contratti sopra-soglia e sotto-soglia, perché la tutela della concorrenza "trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento, come nella specie, al valore economico dell'appalto", sicché "anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale". Nella specie, inoltre, la Corte rigetta l'argomentazione della resistente, secondo cui le disposizioni de quo sfuggirebbero alla censura di incostituzionalità in quanto contenenti una normativa di dettaglio con effetti pro-concorrenziali. La Corte ricorda che, in ordine alle procedure ad evidenza pubblica, normative regionali con effetti pro-concorrenziali sono legittime nella misura in cui – differentemente dal caso in esame – le regioni possano vantare un autonomo titolo di legittimazione e sempre che "tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza". L'attribuzione allo Stato della potestà legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza discende dall'esigenza di evitare che con normative regionali differenti si creino dislivelli di regolazione e conseguenti barriere territoriali; pertanto "l'uniformità rappresenta un valore in sé". In secondo luogo,



la Corte dichiara fondata anche la questione di legittimità dell'art. 8 della l. reg. de quo, che disciplina i concorsi di progettazione banditi dai privati, per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. l), cost. La disposizione impugnata, infatti, non si limita a incentivare, ma obbliga i soggetti privati esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici a seguire la procedura concernente i concorsi di progettazione. Essa pertanto lede la potestà legislativa statale esclusiva in materia di ordinamento civile in quanto introduce una limitazione all'autonomia privata, non consentita al legislatore regionale. La Corte, infine, dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 della l. reg. impugnata – che rinvia ad un regolamento regionale il compito di dare attuazione alla legge de quo – in riferimento agli artt. 114 e 117, co. 2, lett. e) e l), cost. Dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5, co. 2, e degli artt. 6, 7 e 8, della l.r. de quo la regione potrà, con proprio regolamento, dare attuazione alle restanti disposizioni della propria legge (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 16.11.2009, n. 298

Finanza pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Calabria - art. 1 d.l. 27.5.2008, n. 93 - artt. 119 e 120 cost. - rigetto.

La Corte, in relazione all'art. 1, d.l. 27.5.2008, n. 93, concernente l'esenzione dall'imposta comunale sugli immobili dell'unità immobiliare adibita ad abitazione principale, nonché la sospensione del potere delle regioni di deliberare aumenti dei tributi, delle addizionali, delle aliquote ovvero delle maggiorazioni di aliquote di tributi ad essi attribuiti con legge dello Stato, ha dichiarato non fondate le eccezioni sollevate dalla regione Calabria che lamentavano la lesione dell'autonomia finanziaria regionale da parte della citata norma. Analogamente ad altre decisioni in materia (C. cost. 6.11.2009 n. 284, 23.5.2008 n. 168, 21.12.2007 n. 451 e 22.2.2006 n. 75), la Corte ha sottolineato che la disciplina dei tributi in oggetto appartiene all'esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), in quanto istituiti con leggi statali e tale competenza può, pertanto, essere esercitata dallo Stato senza che ciò implichi una violazione dell'autonomia tributa-

ria delle regioni. La Corte, inoltre, afferma che la modificazione di un tributo disposta nell'esercizio della suddetta potestà legislativa esclusiva statale, comportante un minor gettito per le regioni e gli enti locali, non esige che debba essere accompagnata da misure pienamente compensative per la finanza regionale. Tramite le manovre di finanza pubblica, possono, quindi, determinarsi riduzioni nella disponibilità finanziaria delle regioni, purché esse non siano tali da comportare uno squilibrio incompatibile con le complessive esigenze di spesa regionale e rendano insufficienti i mezzi finanziari necessari per l'adempimento dei compiti istituzionali delle regioni. Infine, relativamente alla lamentata lesione del principio di leale collaborazione, la Corte, esclude che la potestà legislativa d'urgenza debba prevedere la necessità di un coinvolgimento delle regioni, attesa la particolare celerità con cui tale fonte deve poter essere approvata entro entrate in vigore (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 14.11.2009, n. 295

Sanità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 8, 14 e 17, l. reg. Puglia 2.7.2008, n. 19 (Disposizioni regionali urgenti) - artt. 117, co. 2, lett. e) ed l), e 3, cost. - accoglimento.

L'art. 8 della norma impugnata modifica le quote di rimborso dei farmaci di fascia A spettanti al farmacista, al grossista e all'azienda farmaceutica. La Corte ha dichiarato la incostituzionalità del suddetto art. 8 chiarendo che la norma in questione, prevedendo altresì l'impossibilità per i farmacisti, i grossisti e le aziende farmaceutiche di modificare pattizamente le rispettive quote dei rimborsi "ha oltrepassato i confini che presidiano la competenza legislativa esclusiva del legislatore statale in materia di ordinamento civile". La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14 della norma impugnata ove dispone che per i comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti vi possa essere una farmacia ogni 3.500 abitanti. La Corte ha chiarito che la proporzione suddetta si discosta palesemente da quella fissata dall'art. 1, co. 2, l. n. 475/1968 che prevede una farmacia ogni 5.000 abitanti. Ad avviso della Corte la proporzione prescelta dal legislatore statale è espressiva di un principio fon-

damentale non derogabile dal legislatore regionale. La disciplina dell'organizzazione del servizio farmaceutico, inoltre, è stata dalla Corte ascritta alla materia concorrente della "tutela della salute" (in senso conforme, cfr. C. cost., 10.3.2006, n. 87). Secondo la Corte, infatti, la ratio della programmazione e della revisione delle piante organiche delle farmacie, più che diretta ad evitare la proliferazione delle stesse, risiede nella diversa esigenza di assicurare l'ordinata copertura di tutto il territorio nazionale al fine di agevolare la maggiore tutela della salute ai cittadini. A tal fine il legislatore statale ha stabilito che la densità delle farmacie deve essere più alta nei comuni con un maggior numero di abitanti. Per i comuni con popolazione superiore a 12.500 abitanti vi-ge la proporzione di "una farmacia ogni 4.000 abitanti", e non una ogni 5.000, come previsto per i comuni con popolazione inferiore a quella soglia. Nella regione Puglia, questa opzione è stata rovesciata a favore di un indirizzo diverso ed incompatibile con quello seguito dal legislatore statale, espresso nel principio fondamentale di cui all'art. 1, l. n. 475/1968. La Corte, infine, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 17 per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. La norma innalzava il limite di età pensionabile dei direttori sanitari e amministrativi degli IRCCS. La Corte ha chiarito che l'art. 11, co. 3, del d. lgs. n. 288/2003 nel prevedere per l'esercizio di tali funzioni il limite di età a sessantacinque anni esprime un principio fondamentale (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 6.11.2009, n. 290

Edilizia ed urbanistica - governo del territorio - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1 (recte: unico) l. reg. Marche 27.5.2008, n. 11 (Interpretazione autentica dell'art. 2 l. regionale 29.10. 2004, n. 23 norme sulla sanatoria degli abusi edilizi) - art. 117, co. 1 e 2, lett. D), co. 3, cost. - accoglimento parziale.

La questione di legittimità costituzionale viene sollevata per violazione dell'art. 117 cost. con riferimento alla sola disposizione di cui si compone la l. reg. Marche 27.5.2008, n. 11 con la quale si fornisce l'interpretazione autentica dell'art. 2, co. 1, della l. reg. Marche 29.10.2004, n. 23 che disciplina il c.d. condono

edilizio. La norma impugnata prevede che i vincoli urbanistici posti dalla disciplina statale, ex art. 33 l. 28.2.1985, n. 47 e art. 32 d.l. 30.9.2003, n. 269, impediscono la sanatoria delle opere abusive nel caso in cui comportino inedificabilità assoluta e siano imposti prima dell'esecuzione delle opere. La C. cost. accoglie parzialmente il ricorso per quanto attiene la portata massima del condono edilizio affermando che la legge regionale ha l'effetto di ampliare i limiti di applicazione della sanatoria eccedendo la competenza concorrente della regione in tema di governo del territorio, ex art. 117, co. 3, cost. Pertanto, la Corte dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. reg. Marche 27.5.2008, n. 11, limitatamente alle parole "ed all'art. 32, co. 27, lett. d), l. 24.11.2003, n. 326 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici)". Dichiara, invece, non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della citata l. reg. Marche, in riferimento all'art. 117, co. 1 e 2, lett. l), cost., in quanto la disposizione censurata incide espressamente sull'interpretazione di una precedente norma regionale e non su di una legge dello Stato. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: 20.12.2002, n. 533; 28.6.2004, n. 196; 11.2.2005, n. 70; 10.2.2006, n. 49; 16.6.2006, n. 232; 21.3.2007, n. 98; 7.11.2007, n. 365; 27.2.2009, n. 54; ord. 8.5.2009, n. 150. Per approfondire, cfr. Solo lo Stato può decidere la portata del condono edilizio, in *Cittadino lex*, 2009, nota redazionale (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 6.11.2009, n. 284

Finanza pubblica - patto di stabilità interno - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Calabria - Artt. 77 e 77 ter d.l. 25.6.2008, n. 112 - artt. 3, 117 e 119 cost. - rigetto.

La Corte ha ritenuto infondate le eccezioni mosse dalla ricorrente sul co. 1, dell'art. 77 e sui co. da 1 a 19 dell'art. 77-ter, relative, rispettivamente, alla fissazione di un tetto massimo della spesa del comparto regionale per il triennio 2009-2011 e alla fissazione di principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli artt. 117, co. 3, e 119, co. 2, cost., in quanto le norme si limitano ad



indicare principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica e non indicano gli strumenti e le modalità di perseguimento degli obiettivi, la cui individuazione resta affidata alle scelte discrezionali delle regioni nell'ambito della propria sfera di competenza. Inoltre, la Corte ha chiarito che le norme suddette non introducono alcuna discriminazione tra le regioni con differenti gradi di sviluppo e pertanto non violano l'art. 3 cost. La ricorrente aveva lamentato la violazione del principio di ragionevolezza affermando che l'arco temporale di tre anni di efficacia dei principi di coordinamento è troppo ampio. La Corte rigetta sul punto il ricorso chiarendo che il periodo suddetto è invece idoneo a consentire una adeguata programmazione dei limiti della spesa corrente. La Corte, inoltre, respinge l'eccezione sollevata dalla ricorrente sull'art. 77-ter, co. 19, del menzionato d.l., relativa alla sospensione del potere delle regioni di deliberare aumenti dei tributi, addizionali, delle aliquote o maggiorazioni di aliquote di tributi ad esse attribuite con legge dello Stato. Secondo la Corte si tratta di misure eccezionali, la cui applicazione è limitata al triennio 2009-2011, e comunque fino all'attuazione del federalismo fiscale; misure volte ad evitare che il rispetto del Patto di stabilità interno spinga le regioni ad azionare la leva fiscale, per far fronte alle spese. In ogni caso, argomenta la Corte, detta sospensione riguarda comunque tributi statali, la cui modifica da parte delle regioni è disciplinata da legge statale che, pertanto, può anche sospendere il relativo esercizio (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 6.11.2009, n. 282

Ambiente, fonti rinnovabili - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su

ricorso dello Stato - artt. 2, co. 1, lett. e), g), h), i), j), k), l), m), n), 3, 4, 5, l. reg. Molise 21.5.2008, n. 15. - art. 117 cost. - accoglimento.

Nella sentenza in esame la C. cost., in accoglimento del ricorso presentato dalla Presidenza del consiglio dei Ministri, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una pluralità di disposizioni contenute nella l.r. Molise, 21.5.2008, n. 15. L'art. 2, co. 1, lett. e), g), h), i), j), k), l) e n) individuava una serie di siti non idonei all'installazione di impianti eolici e fotovoltaici. La Corte ne ha dichiarato l'incostituzionalità rilevando che la norma in questione è stata adottata senza la preventiva determinazione delle linee guida, che avrebbero dovuto essere determinate in sede di Conferenza unificata. La C. cost. ha dichiarato altresì l'illegittimità costituzionale degli artt. 3 e 5, della norma impugnata per violazione dell'art. 117 cost. La Corte ha chiarito che le norme censurate sono in contrasto con l'art. 12, co. 4, del d. lgs. 29.12.2003, n. 387. Mentre la suddetta disposizione fissa infatti in centottanta giorni, il termine per la conclusione del procedimento autorizzativo, la l. regionale determina alcuni limiti ulteriori di tipo quantitativo, che vanno a precludere il rilascio di nuove autorizzazioni o ad interferire su procedimenti amministrativi in corso.

E' stata infine dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. in quanto la suddetta disposizione, in violazione della normativa statale di riferimento che fa divieto di prevedere misure di compensazione in favore di regioni o province, ha identificato, quali destinatari delle previste misure di compensazione, appunto, la regione o la provincia eventualmente delegata (Red. Francesco Sampugnaro).

«.....GA.....»

PARERI



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

1. LA SURROGA DEL CONSIGLIERE

DOMANDA

La surroga di un consigliere comunale che ha presentato le dimissioni rientra nella fattispecie degli atti urgenti e improrogabili che il consiglio comunale, può adottare dopo pubblicazione del decreto di convocazione dei comizi elettorali?

RISPOSTA

Il caso di surroga del consigliere dimissionario rientra tra gli adempimenti dovuti con termine preciso, secondo il dettato dello stesso art. 38, co. 8 del T.U.E.L. (il consiglio, entro e non oltre dieci giorni, deve procedere alla surroga...); a tale adempimento non si fa luogo soltanto nel caso di cui all'art. 141, co. 1. lett. b, n. 3.

Pertanto, in caso di dimissioni di un consigliere, la surroga è un atto dovuto, e rientra tra quelli non soggetti ai limiti di cui al co. 5 dell'art. 38, essendo già insorto, in capo al subentrante, lo *ius ad officium* dal momento dell'esecutività, immediata ed irrevocabile, delle dimissioni.

«.....GA.....»

2. L'APPROVAZIONE DEL RENDICONTO

DOMANDA

L'art. 38, co. 5, del d. lgs. n. 267/2000 limita l'operatività del consiglio comunale, dopo la pubblicazione del decreto di indizione dei comizi elettorali, all'assunzione di atti urgenti ed improrogabili. Alla luce di ciò, nel caso in

cui non fosse possibile, per motivi documentabili, approvare il rendiconto entro il 30 aprile, lo si può approvare nel mese di maggio o si dovrà rinviare l'approvazione dopo l'esito delle elezioni con il rinvio di tutte le operazioni di notifica del conto ai nuovi consiglieri?

RISPOSTA

Si ritiene che sia possibile approvare il rendiconto anche successivamente al 30 aprile, e cioè anche dopo la pubblicazione del decreto di indizione dei comizi elettorali; infatti, l'approvazione del rendiconto rientra tra gli atti urgenti ed improrogabili previsti dall'art. 38, co. 5, del T.U.E.L..

«.....GA.....»

3. LE COMMISSIONI CONSILIARI

DOMANDA

Si chiede se quanto disposto dal co. 5, art. 38, del d. lgs. n. 267/2000 si applichi anche alle commissioni consiliari e quindi dopo l'indizione dei comizi elettorali debbano essere sospesi i lavori delle commissioni che non hanno all'ordine del giorno la discussione di atti improrogabili ed urgenti da trasmettere al consiglio per l'adozione.

RISPOSTA

Le commissioni consiliari sono articolazioni operative del consiglio, funzionali al processo di formazione della conoscenza delle problematiche insite nelle materie ed argomenti da presentare all'esame ed approvazione del consiglio comunale; pertanto, ne consegue che le



commissioni non hanno ragione di riunirsi se non in funzione della successiva attività deliberativa del consiglio. Le commissioni, peraltro, sono organismi eventuali (solo se previste dallo e dal regolamento; vds co. 6, art. 38) e complementari (non hanno funzioni deliberanti, ma solo istruttorie), quindi, né obbligatorie, né necessarie. In conclusione, si può giustificare la riunione della commissione, solo se funzionale alla preparazione dell'attività deliberativa del consiglio e, quindi, solo su argomenti rispondenti ai requisiti indicati dalla legge.

«.....GA.....»

4. L'ASPETTATIVA

DOMANDA

Il Sindaco, dipendente di un ente locale, ha chiesto al proprio ente di appartenenza l'aspettativa retribuita per svolgere un dottorato di ricerca ai sensi del d.P.R. 11.7.1980 n. 382 e della successiva legge di modifica del 13.8.2004 n. 476 che stabiliscono quanto segue: "il pubblico dipendente, ammesso a corsi di dottorato di ricerca, è collocato a domanda in congedo straordinario per motivi di studio, senza assegni, per il periodo di durata del corso ed usufruisce della borsa di studio ove ricorrano le condizioni richieste".

La l. n. 448/2001, art. 52, co. 57, che ha in parte integrato la l. 476/84, aggiungendo, all'art. 2, co. 1, ha stabilito inoltre: "In caso di ammissione a corsi di dottorato di ricerca senza borsa di studio o di rinuncia a questa, l'interessato in aspettativa conserva il trattamento economico, previdenziale e di quiescenza in godimento da parte dell'amministrazione pubblica presso la quale è instaurato il rapporto di lavoro.

Qualora, dopo il conseguimento del dottorato di ricerca, il rapporto di lavoro con l'amministrazione pubblica cessa per volontà del dipendente nei due anni successivi, è dovuta la ripetizione degli importi corrisposti ai sensi del secondo periodo. Il Sindaco quale dipendente dell'ente locale ha diritto a percepire la retribuzione per intero se rinuncia alla borsa di studio? Il Sindaco quale amministratore del nostro comune ha diritto a percepire

l'indennità di funzione per intero o ridotta al 50%?

RISPOSTA

Uno dei requisiti perché gli amministratori degli enti locali possano percepire l'indennità di funzione in misura intera è quella di essere collocati in aspettativa ai sensi dell'art. 81 del d. lgs. n. 267/2000, e cioè la richiesta di aspettativa deve essere richiesta per l'espletamento del mandato amministrativo; ciò si evince dal fatto che il dimezzamento dell'indennità avviene nel caso che il dipendente non abbia chiesto l'aspettativa (co. 1, ultimo periodo dell'art. 82 dello stesso d. lgs.). La ratio del dimezzamento della normale misura dell'indennità sta nel fatto che l'indennità viene richiesta e concessa di diritto al fine di poter disporre del tempo necessario per l'assolvimento del mandato; a tal fine, si può ricordare che l'art. 77 del d. lgs. citato, nell'introdurre il capo IV, contenente la disciplina dello *status* degli amministratori, enuncia il principio per cui "La Repubblica tutela il diritto di ogni cittadino chiamato a ricoprire cariche pubbliche nelle amministrazioni degli enti locali ad espletare il mandato, disponendo del tempo, dei servizi e delle risorse necessari ed usufruendo di indennità e di rimborsi spese nei modi e nei limiti previsti dalla legge". La necessità del presupposto della posizione di collocamento in aspettativa per lo specifico scopo si evince, inoltre, dal successivo art. 86, il quale prevede che "L'amministrazione locale prevede a proprio carico, dandone comunicazione tempestiva ai datori di lavoro, il versamento degli oneri assistenziali, previdenziali e assicurativi ai rispettivi istituti per i sindaci, per i presidenti di provincia, per i presidenti di comunità montane, di unioni di comuni e di consorzi fra enti locali, per gli assessori provinciali e per gli assessori dei comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti, per i presidenti dei consigli dei comuni con popolazione superiore a 50.000 abitanti, per i presidenti dei consigli provinciali che siano collocati in aspettativa non retribuita ai sensi del presente Testo Unico."

La medesima disposizione si applica per i presidenti dei consigli circoscrizionali nei casi in cui il comune abbia attuato nei loro con-

fronti un effettivo decentramento di funzioni e per i presidenti delle aziende anche consorziali fino all'approvazione della riforma in materia di servizi pubblici locali che si trovino nelle condizioni previste dall'art. 81; come si vede, anche nel caso del diritto al versamento degli oneri, la condizione essenziale è la richiesta di aspettativa ai sensi dell'art. 81.

In conclusione, si può osservare che i benefici di che trattasi, nel caso specifico, non servirebbero a garantire lo scopo di rendere all'amministratore maggiore disponibilità di tempo da dedicare al mandato, secondo il principio di cui all'art. 77; ed, infine, costituirebbero una concomitanza di benefici identici assegnati per scopi differenti, ed a nostro parere, non compatibili.

Nella situazione indicata, quindi, si ritiene che l'indennità debba essere dimezzata, in quanto l'amministratore, non è nella condizione giuridica di aspettativa prevista dalla disciplina sullo status degli amministratori locali (in diritto) e, il tipo di aspettativa conseguita, non garantisce (in fatto) la finalità di rendere più disponibilità di tempo da dedicare all'espletamento del mandato, in quanto sostituisce al normale servizio, un'altra posizione equiparata a lavoro dipendente, effettivamente prestata.

«.....GA.....»

5. L'INDENNITA' DI FUNZIONE

DOMANDA

Si chiede in quale misura debba essere corrisposta l'indennità mensile di nei seguenti casi: componente della giunta iscritto alla gestione separata INPS quale titolare di un rapporto di collaborazione per una s.r.l. della quale risulta essere anche socio; componente della giunta iscritto alla gestione separata INPS quale titolare di un rapporto di collaborazione per una s.r.l. della quale risulta essere anche socio e rappresentate legale; componente della giunta che ha sottoscritto un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e parziale 18 ore settimanali con un altro comune per il quale non ha richiesto

l'aspettativa ai sensi dell'art. 82 del T.U.E.L. e contestualmente esercita la libera professione con iscrizione alla cassa previdenziale Inarcassa.

RISPOSTA

Si ritiene che l'indennità di funzione di cui all'art. 82 co. 1 del d. lgs. n. 267/2000 vada dimezzata nei confronti del terzo componente della giunta indicato nel quesito, essendo questo ultimo lavoratore dipendente che non ha chiesto aspettativa. Gli altri assessori non sono lavoratori dipendenti e quindi non vi sono i presupposti per il dimezzamento.

«.....GA.....»

6. I PERMESSI

DOMANDA

Nel caso in cui la seduta del consiglio comunale regolarmente convocata non possa svolgersi e sia dichiarata deserta per mancanza del numero legale, il consigliere comunale risultato presente all'appello nominale o ad altra forma di verifica del numero e dell'identità dei presenti ha comunque diritto all'attestazione della presenza ai fini del permesso retribuito?

RISPOSTA

Il consigliere comunale, lavoratore dipendente, ha "diritto di assentarsi dal servizio per l'intera giornata in cui sono convocati i rispettivi consigli" (art. 79, co. 1 T.U.E.L.); come si vede, la norma attribuisce al soggetto il diritto di assentarsi dal servizio, sul presupposto che sia convocato il consiglio.

La convocazione del consiglio fa insorgere il diritto ad assentarsi dal servizio, per l'intera giornata; e, quindi, sufficiente la consapevolezza dell'avvenuta convocazione del consiglio e la decisione (volontà) di parteciparvi, per consentire di assentarsi legittimamente per tutta la giornata. La dimostrazione di essere stato presente alla riunione, rappresentata dalla certificata presenza alla chiamata (appello) della sua apertura, costituisce la legittimazione ad usufruire del beneficio.

«.....GA.....»



URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

D.L. 25.3.2010 N. 40: INDICAZIONE DEGLI INTERVENTI CHE POSSONO ESSERE ESEGUITI SENZA ALCUN TITOLO ABILITATIVO

“1. L'art. 6 del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al d.P.R. 6.6.2001, n. 380, e' sostituito dal seguente:

«Art. 6 (L) - (Attività edilizia libera). - 1. Salvo più restrittive disposizioni previste dalla disciplina regionale e comunque nell'osservanza delle prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali e nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienicosanitarie, di quelle relative all'efficienza energetica nonché delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22.1.2004, n. 42, i seguenti interventi possono essere eseguiti senza alcun titolo abilitativo:

- a) gli interventi di manutenzione ordinaria;
- b) gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, co. 1, lett. b), sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici;
- c) gli interventi volti all'eliminazione di barriere architettoniche che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio;
- d) le opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico, ad esclusione di attività di ricerca di idrocarburi, e che siano eseguite in aree esterne al centro edificato;

e) i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari; f) le opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni;

g) le serre mobili stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola;

h) le opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni, anche per aree di sosta, che siano contenute entro l'indice di permeabilità, ove stabilito dallo strumento urbanistico comunale;

i) i pannelli solari, fotovoltaici e termici, senza serbatoio di accumulo esterno, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori delle zone di tipo A di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2.4.1968, n. 1444;

l) le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici.” (Red. Emanuele Riccardi).

D.L. 25.3.2010 N. 40: ULTERIORI SEMPLIFICAZIONE PER GLI INTERVENTI CHE POSSONO ESSERE ESEGUITI SENZA ALCUN TITOLO ABILITATIVO

2. Al fine di semplificare il rilascio del certificato di prevenzione incendi per le attività di cui al co. 1, il certificato stesso, ove previsto, e' rilasciato in via ordinaria con l'esame a vista. Per le medesime attività, il termine previsto dal primo periodo del co. 2 dell'art. 2 del regolamento di cui al d.P.R. 12.1.1998, n. 37, e' ridotto a trenta giorni.

3. Prima dell'inizio degli interventi di cui al co. 1, lettere b), f), h), i) e l), l'interessato, anche per via telematica, comunica all'amministrazione comunale, allegando le autorizzazioni eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore e, limitatamente agli interventi di cui alla citata lett. b), i dati identificativi dell'impresa alla quale intende affidare la realizzazione dei lavori.

4. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica” (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

ABUSI EDILIZI: PRESUNZIONE DI CORRESPONSABILITÀ DEL PROPRIETARIO DELL'AREA UNITAMENTE ALL'AUTORE DELL'ABUSO EDILIZIO

Il proprietario del suolo sul quale insiste la costruzione abusiva, infatti, è legittimato passivo ai sensi dell'art. 936 c.c., insieme al responsabile dell'abuso, dell'ordinanza di demolizione. A nulla rileva, come nel caso di specie, che l'immobile sia locato, o che il proprietario abbia eventualmente diffidato l'autore dell'abuso a rimuovere l'opera abusiva, dal momento che non viene meno il diritto di proprietà per accessione, almeno fino a quando il manufatto non sia stato effettivamente rimosso (cfr. Cass., Sez. Un., 8.9.1983, n. 5518). Il proprietario o i proprietari di un fondo vanno, quindi, ritenuti responsabili dei manufatti abusivi eseguiti sul fondo stesso (cfr. C.G.A.R.S., 6.5.1994, n. 130) e l'ordine di demolizione di opere abusive è notificato al proprietario dell'area, che si presume, fino a prova contraria, quanto meno corresponsabile dell'abuso, non avendo l'amministrazione l'obbligo di compiere accertamenti giuridici circa l'esistenza di particolari

rappporti interprivati, ma solo l'onere di individuare il proprietario catastale.

Con la sentenza n. 1878 del 31.3.2010, il Consiglio di Stato ha reiterato il principio di presunzione di corresponsabilità del proprietario dell'area unitamente all'autore dell'abuso edilizio (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

INQUINAMENTO: IL PROPRIETARIO DELL'AREA HA LA FACOLTÀ DI PROVVEDERE DIRETTAMENTE ALLA BONIFICA

“... la normativa in materia di inquinamento se, da un lato, non consente di imporre alcun obbligo di bonifica in capo al proprietario dell'area che non sia anche responsabile dell'inquinamento, dall'altro, prevede espressamente che al proprietario intimato, che non sia responsabile dell'inquinamento, sia data la facoltà di provvedere direttamente alla bonifica al fine di evitare le conseguenze derivanti dai vincoli che gravano sull'area sub specie di onere reale e di privilegio speciale immobiliare (Consiglio di Stato, sez. VI, 5.9.2005, n. 4525) e, quindi, l'esproprio. L'intervento diretto del comune per la bonifica non presuppone, infatti, l'accertamento della responsabilità del proprietario, che non può sottrarsi allo stesso, se non provvedendovi direttamente.

Tutt'al più parte ricorrente avrebbe potuto dedurre un'illegittimità del procedimento di occupazione d'urgenza in quanto posto in essere senza aver formalmente consentito al proprietario di valutare l'opzione di provvedere esso stesso alla bonifica, ma nessuna doglianza di tale tenore risulta essere stata dedotta in giudizio (TAR Lombardia, Brescia 19.3.2010 n. 1313).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

L'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA PER LA VENDITA DI BENI VINCOLATI NELLA DISCIPLINA VIGENTE COORDINATA CON LE PREVISIONI DELLA CIRCOLARE DEL MINISTERO DEI BENI CULTURALI DEL 22.1.2010

della Dott.ssa Rosaria Salerni

La legge finanziaria (l. 191/2009) e la legge di bilancio (l. 192/2009), dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, entrano in vigore, rispettivamente, il primo e il 14.1.2010. Contestualmente, diventa operativa nel nostro Paese la riforma del bilancio pubblico (l. n. 196 del 31.12.2009). Con questa riforma, la finanziaria verrà sostituita dalla legge di stabilità. Grazie alla ripartizione della spesa per programmi d'ora in poi, si saprà con certezza la spesa effettiva sostenuta per singola voce ad esempio: istruzione, difesa, protezione civile etc. Nella legge di riforma è stato introdotto anche un meccanismo più rigoroso per il controllo degli incrementi di spesa

“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”.

Nel numero 1/2010 della Gazzetta, si è provveduto a commentare la prima parte della disposizione in oggetto, lasciando del tutto scoperta la possibile interpretazione della seconda parte della disposizione, che merita

un'attenzione specifica e un approfondimento autonomo.

Si provvederà, dunque a relazionare in ordine ai possibili rilievi critici che emergono dalla disciplina licenziata dal legislatore per i beni coperti da un vincolo paesaggistico e/o culturale.

Nella specie 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.

Tuttavia, per completare il frastagliato mosaico offerto dalla disposizione in commento non può omettersi, però, di far riferimento alla disciplina generale prevista dal codice dei

beni culturali e del paesaggio che all'art. 159 *Regime transitorio in materia di autorizzazione paesaggistica* (art. così sostituito dall'art. 4 quinquies della l. n. 129 del 2008), al co. 1, testualmente dispone "Fino al 31.12.2009 il procedimento rivolto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è disciplinato secondo il regime transitorio di cui al presente articolo. La disciplina dettata al capo IV si applica anche ai procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che alla data del 31.12.2009 non si siano ancora conclusi con l'emanazione della relativa autorizzazione o approvazione. Entro tale data le regioni provvedono a verificare la sussistenza, nei soggetti delegati all'esercizio della funzione autorizzatoria in materia di paesaggio, dei requisiti di organizzazione e di competenza tecnico-scientifica stabiliti dall'art. 146, co. 6, apportando le eventuali necessarie modificazioni all'assetto della funzione delegata. Il mancato adempimento, da parte delle regioni, di quanto prescritto al precedente periodo determina la decadenza delle deleghe in essere alla data del 31.12.2009¹.

La disciplina dettata dal capo IV del codice, all'interno del quale è fissata la procedura a regime (art. 146), "si applica - dunque - anche ai procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che alla data del 31.12.2009 non si siano ancora conclusi con l'emanazione della relativa autorizzazione o approvazione", con ciò affermando, nella sostanza, che fino a tale data i comuni hanno rilasciato le autorizzazioni con la procedura previgente, salvo tenere presente che i procedimenti non conclusi alla data indicata avrebbero dovuto comunque essere assoggettati alla nuova disciplina.

Data la rilevanza della disposizione e l'incidenza che la stessa riveste sul regime delle autorizzazioni, il ministero per i beni e le attività culturali, è intervenuto, con la circ. del 22.1.2010 (prot. n. DGPBAACS04/34.01.04/2089), a dettare immediati chiarimenti al fine di consentire l'operatività degli Uffici, nelle more di ulteriori più specifiche direttive.

In relazione alla sorte dei procedimenti au-

torizzatori in corso alla data del 31.12.2009, la circolare ha espressamente stabilito che:

Prima ipotesi - procedimenti che alla data predetta non siano ancora giunti all'adozione dell'autorizzazione paesaggistica. In questi casi il procedimento non potrà concludersi secondo la disciplina prevista dall'art. 159, ma dovrà essere continuato applicando la disciplina prevista dall'art. 146; le attività istruttorie eventualmente compiute possono essere utilizzate dall'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione, ai fini della presentazione della richiesta di parere al Soprintendente secondo quanto precisato nel punto 2.

Seconda ipotesi - procedimenti che alla data predetta abbiano invece già dato luogo all'adozione dell'autorizzazione paesaggistica. In questi casi l'amministrazione che ha rilasciato l'autorizzazione, qualora non vi abbia già provveduto, è obbligata a trasmettere l'autorizzazione e la relativa documentazione al soprintendente competente, il quale procederà alla valutazione di legittimità e all'eventuale annullamento entro il termine di 60 giorni dalla ricezione della documentazione completa. In questi casi essendovi già il provvedimento autorizzatorio, il procedimento seguirà la disciplina dell'art. 159. Si precisa che in nessun caso il Soprintendente potrà esprimere il parere di merito, previsto dall'art. 146, co. 5, in ordine ad un'autorizzazione già adottata (vale a dire, perfezionata mediante apposizione di firma e data) entro il 31.12.2009, ancorché l'amministrazione competente l'abbia trasmessa richiedendo espressamente tale parere. Pertanto, qualora l'interessato intenda avvalersi della nuova procedura dovrà formulare apposita richiesta al comune che, laddove ne ravvisi i presupposti, potrà procedere ad annullare l'autorizzazione rilasciata e a riattivare il procedimento ai sensi dell'art. 146.

Come si evince dalla lettura della circolare, dunque, si confermano le risultanze a cui si era giunti in seguito all'interpretazione sistematica delle disposizioni che si occupavano dell'autorizzazione paesaggistica.

La ragione dell'intervento chiarificatorio del ministero è comprensibile, se si considera il fatto che, com'è noto, il d. lgs. 63 del 2008,

¹ Comma così modificato dall'art.38, co.1, l. n. 14 del 2009. Termini così differiti dall'art. 23, co.6, l. n. 102 del 2009.

la l. 129 del 2008 ed il d.l. 207 del 2008, convertito con l. n. 14 del 2009 e da ultimo il d.l. n. 78 e d.l. 2009, hanno introdotto importanti alterazioni del modulo procedimentale relativo all'esercizio della funzione autorizzatoria in materia paesaggistica (artt. 146 e 159 del codice dei beni culturali e del paesaggio).

Tra le modifiche introdotte, di particolare interesse è il rafforzamento dei principi di adeguatezza e differenziazione cui deve conformarsi la delega della funzione autorizzatoria in materia paesaggistica da parte delle regioni.

Entro 31.12.2009, infatti, le regioni avrebbero dovuto verificare la sussistenza nei soggetti delegati (province, forme associative e di cooperazione fra enti locali, comuni) dei requisiti di organizzazione e di competenza tecnico-scientifica stabiliti dall'art. 146 co. 6 del codice: il mancato adempimento, da parte della regione, della verifica ha determinato la decadenza delle deleghe in essere alla data del 31.12.2009. Tale evenienza viene sottolineata anche dalla circolare ministeriale del 22.1.2010, laddove si evidenzia che è *“ormai indispensabile che i Direttori regionali provvedano ad acquisire dalle regioni informazioni in ordine alla verifica da esse compiuta, ed in particolare l'elenco degli enti delegati che, avendo dimostrato il possesso dei requisiti di adeguatezza, mantengono l'esercizio della competenza autorizzatoria anche dopo la data suddetta”*. In caso di esito negativo di detta verifica, alla data del 31.12.2009, la delega è decaduta e la competenza autorizzatoria è ritornata alla regione.

Novità considerevoli – per quanto qui interessa – sono state inoltre apportate al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione, attraverso la riproposizione di un sistema procedimentale che si articola in due fasi:

- l'una, prevista dal nuovo art. 146, entrata in vigore il 1.1.2010;

- l'altra transitoria, prevista dal nuovo art. 159, in vigore dal 3.8.2008 (data dell'entrata in vigore della l. 129/08 modificativa dell'art. 159) fino al 31.12.2009 che ricalca la procedura transitoria prevista dal previgente art.

159 come modificato dal d. lgs. 157/2006.²

Tra le novità introdotte con il nuovo art. 146 si segnala - senza pretesa di esaustività - oltre alla riduzione del termine per il rilascio del parere preventivo da parte della Soprintendenza (passato da 60 a 45 giorni), l'introduzione della possibilità per l'ente competente al rilascio, in caso di silenzio da parte della Soprintendenza e di decorso inutile del termine ad essa assegnato per il rilascio del parere, di indire una conferenza di servizi che deve pronunciarsi entro il termine perentorio di 15 giorni. In ogni caso, decorsi 60 giorni dalla ricezione degli atti da parte della Soprintendenza, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione.

Quanto alla natura, vincolante o meno del parere della Soprintendenza, mentre a norma

² Quest'ultima novità legislativa - a suo tempo consistita nell'introduzione di una disciplina transitoria applicabile alle procedure di rilascio di autorizzazioni paesaggistiche nelle more dell'entrata in vigore del nuovo art. 146 - è stata resa necessaria dal vuoto normativo creatosi con l'entrata in vigore del d. lgs. 63/08. Il decreto, infatti, ha disciplinato la procedura da applicare a partire dal 1° gennaio 2009 - 1° luglio 2009 a seguito della proroga intervenuta con il d.l. 207 del 2008, convertito nella l. 14 del 2009, e ora 1° gennaio 2010 a seguito della proroga intervenuta con il d.l. n. 78 del 2009 (art. 23, co. 6) - abrogando tuttavia le previgenti disposizioni normative che prevedevano le procedure a regime e transitoria: nessuna procedura in sostanza veniva prevista legislativamente per le autorizzazioni da rilasciare tra il 24.4.2008 (data dell'entrata in vigore del d. lgs. 63/08) ed il 1.1.2009. La circostanza era stata evidenziata dal ministero nella circolare del 13 giugno 2008. Per tale ragione il Legislatore si è premurato, con la l. 129/08, di disciplinare anche la sorte delle autorizzazioni rilasciate in tale periodo: *“sono fatti salvi gli atti, anche endoprocedimentali, ed i provvedimenti adottati dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 26.3.2008 n. 63, fino alla data di entrata in vigore della presente disposizione, in applicazione dell'articolo 159 del presente Codice, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 26 marzo 2008 n. 63”*.

Per la medesima ragione il legislatore, con la l. 129/08, ha rimesso in termini le Soprintendenze ai fini dell'esercizio, in via transitoria, del potere di annullamento delle autorizzazioni rilasciate tra la data di entrata in vigore del d. lgs. 63/08 (quindici giorni dalla pubblicazione sulla G.U. del 9.4.2008) e la l. 129/08 (pubblicata sulla G.U. del 2.8.2008), conferendo alle stesse un termine di trenta giorni per l'esercizio di tale potere, termine decorrente dall'entrata in vigore del nuovo art. 159, ovvero dall'entrata in vigore della l. 129/08 (3.8.2008).

del previgente art. 146 la Soprintendenza esprimeva un parere preventivo di natura obbligatoria vincolante o non vincolante a seconda che fosse o meno già stato approvato il piano paesaggistico ed avvenuto l'adeguamento ad esso degli strumenti urbanistici comunali, ed un parere necessariamente vincolante, sempre e comunque, ove la funzione autorizzatoria fosse stata delegata ai comuni, il nuovo art. 146 attribuisce alla Soprintendenza il potere di esprimere un parere preventivo obbligatorio e vincolante,³ fino all'approvazione del piano paesaggistico ed all'adeguamento ad esso degli strumenti urbanistici comunali, ed un parere obbligatorio non vincolante *“all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati” nonché “della positiva verifica da parte del ministero su richiesta della regione interessata dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici”*.

Sulla natura del parere del soprintendente, licenziando – per esigenza di brevità – la questione in poche battute, è opportuno precisare che l'art. 146 prevede che il parere, che in sede di rilascio dell'autorizzazione dovrà essere espresso preventivamente al rilascio dell'autorizzazione stessa, avrà carattere vincolante per l'autorità emanante. La norma, tuttavia, va letta in combinato disposto a quanto dettato dal co. 5 dell'art. 146, e dall'art. 143, co. 3. Infatti, il parere del Soprintendente modificherà la sua natura in obbligatorio e non vincolante allorquando:

- il piano paesaggistico regionale sia stato approvato o adeguato;

³ Il ministero – e per esso la Soprintendenza –, chiamato a pronunciarsi su una autorizzazione paesaggistica, può svolgere l'ampio sindacato di legittimità consentito dall'ordinamento sugli atti amministrativi, corrispondente a quello che potrebbe esercitare il giudice amministrativo nel caso in cui fosse impugnata l'autorizzazione paesaggistica non annullata in sede amministrativa, e tuttavia con la possibilità di sollevare d'ufficio qualsivoglia questione di legittimità: di conseguenza l'annullamento della autorizzazione paesaggistica deve ritenersi correttamente disposto quante volte l'autorizzazione stessa non contenga alcuna motivazione in ordine alla compatibilità dell'intervento con il vincolo ambientale o non effettui neppure per relazione un rinvio ad atti istruttori espletati nel corso del procedimento (TAR Puglia, Ba, II, 22.2.2010, n.618 in www.lexambiente.it)

- siano state apportate le prescrizioni d'uso di cui all'art. 140, co. 2, degli immobili e delle aree vincolate;

- gli strumenti urbanistici siano stati adeguati e ne sia stata verificata tale condizione da parte del ministero.

Pertanto, dal 1.1.2010, il parere del soprintendente ha perso la sua natura vincolante per acquisire una caratterizzazione di mero obbligo di consultazione. Questa modifica è correlata alla già sottolineata obbligatorietà della redazione congiunta tra regione e ministero della pianificazione per gli immobili e le aree assoggettati a vincolo paesaggistico. A seguito di tale attività congiunta, si presuppone che le regole fissate dal piano paesaggistico su queste aree, essendo state concordate, non possano più giustificare la vincolatività del parere del Soprintendente sulle autorizzazioni, che resta peraltro obbligatorio⁴.

La circ., sopra richiamata, ha confermato anche tale ultima interpretazione sottolineando che per i *“nuovi”* procedimenti:

spetta ai Soprintendenti, ovvero ai funzionari delegati per sostituzione, assenza o impedimento del dirigente, l'espressione del parere obbligatorio e vincolante, indicato al co. 5 dell'art. 146, entro 45 giorni dal ricevimento. Si segnala che non appare opportuno in questa fase di prima applicazione che i Soprintendenti attribuiscono la delega permanente e continuativa all'espressione del parere.

Il parere reso dai Soprintendenti riguarda

⁴ Un ulteriore precisazione che merita attenzione riguarda la delega dell'esercizio della funzione autorizzatoria da parte della regione ai comuni. Infatti, l'art.146, co. 6, prevede che tale funzione – delegata dalla regione ai comuni da parte di numerose leggi regionali (es. L. E. Romagna 1.8.1978, n.26 s.m.i.) – debba essere esercitata dalla regione, che però può delegarne l'esercizio alle province, alle forme associative e di cooperazione fra enti locali ovvero ai Comuni, a condizione che gli enti stessi: dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche; garantiscano la differenziazione tra l'attività di tutela paesaggistica e l'esercizio delle funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia. La modifica introdotta, dunque, richiede alla Regione di verificare la sussistenza di tali condizioni al fine di confermare la delega della funzione autorizzatoria. Tale avrebbe dovuto essere svolta dalla Regione entro la data del 31 dicembre 2009.

anche il merito della trasformazione del territorio oggetto della richiesta di autorizzazione ed è, al momento, non soltanto obbligatorio ma anche vincolante e sarà tale fino a che, con riferimento a tutte le fonti del vincolo paesaggistico che in concreto assumono rilevanza per il progetto di trasformazione del territorio sottoposto ad autorizzazione, non ricorrano le condizioni indicate dal codice.

Di tali condizioni si è già detto e la circolare le precisa analiticamente al fine di chiarire ai diversi uffici e amministrazioni le singole condizioni alle quali la normativa vigente lega il venir meno dell'obbligatorietà del parere. In estrema sintesi si può dire che in seguito alla coopianificazione del territorio il parere del Soprintendente muta la sua natura, da obbligatorio a meramente facoltativo.

Il soprintendente non è competente ad emanare l'avvio del procedimento né il preavviso di provvedimento negativo.

Altra precisazione degna di nota è la competenza soggettiva ad emanare l'avvio del procedimento e il preavviso del provvedimento negativo ai sensi e per gli effetti dell'art.10 *bis* della l. 241 del 1990 e s.m.i.. La circolare precisa che dal dettato del co. 7 dell'art. 146 si evince che l'avviso di inizio di procedimento è a carico dell'amministrazione competente a rilasciare l'autorizzazione (La regione, ovvero gli enti – comuni, province, enti parco, comunità montane – da essa delegati). Pertanto il Soprintendente non ha l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento. Anche per la fattispecie del preavviso

di provvedimento negativo di cui all'art. 10 *bis* della l. 7.8.1990, n. 241 e s.m.i. il co. 8 dell'art. 146 dispone che sia l'amministrazione competente a rilasciare l'autorizzazione a comunicare agli interessati il preavviso di provvedimento negativo. Pertanto anche in questo caso la competenza non è in capo al Soprintendente, ma in capo all'amministrazione procedente.

Una evidenziazione non può essere omessa: il nuovo art. 146, si è detto, riduce il termine per il rilascio del parere preventivo da parte della Soprintendenza (passato da 60 a 45 giorni), ma si legge nell'ultima parte del co. 191 che *"e' acquisito il parere della competente soprintendenza del ministero per i beni e le attività culturali, che si esprime entro trenta giorni"*. La circ. ministeriale, sembra non tenere in considerazione quanto contenuto nel co.191 e afferma l'obbligo del rilascio del parere nell'arco dei 45 giorni previsti dal co. 8 dell'articolo citato. Si precisa, altresì, che la valutazione che il Soprintendente andrà ad effettuare sarà di merito, sulla compatibilità paesaggistica dell'intervento progettato e dovrà essere anche verificata la conformità dello stesso alle disposizioni del piano paesaggistico vigente al momento della valutazione, nonché alla disciplina dettata dall'art.140, co. 2. Nel caso in cui non sussistano parametri specifici di disciplina d'uso, il Soprintendente compirà le proprie valutazioni tecnico-discrezionali in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento (circ. min. 22.1.2010).

«.....GA.....»

IL NUOVO REGIME DELL'ATTIVITÀ EDILIZIA LIBERA DELINEATO DAL D.L. N. 40/2010

della Dott.ssa Valentina Pavone

Ricostruito il panorama normativo sui titoli abilitativi in materia edilizia, l'Autore si sofferma sulla disciplina dell'attività edilizia libera, riscritta dal recente d.l. 25.3.2010, n. 40

Il diritto di proprietà, riconosciuto e tutelato dalla nostra carta costituzionale quale diritto fondamentale a norma dell'art. 42 cost., inteso come godimento e disposizione di un bene da parte del suo proprietario in modo esclusivo, nel rispetto dei limiti e degli obblighi fissati dalla legge, si concreta, tra l'altro, nella facoltà del proprietario di edificare, cioè di realizzare sul proprio suolo opere e strutture di diversa natura.

Poiché, come è noto, la gestione del territorio comporta per l'amministrazione pubblica la necessità di conciliare le istanze di matrice economica di trasformazione del territorio e le istanze di conservazione del territorio, connesse alla tutela di diritti e beni che meritano protezione e tutela (c.d. interessi sensibili, ambiente, paesaggio, salute), è sorta la necessità di porre delle limitazioni all'attività edilizia in modo da contemperare i vari interessi coinvolti.

L'esercizio dell'attività edilizia rinviene la sua principale limitazione nel regime giuridico dei titoli abilitativi, da intendersi, in un primo approccio, come quegli atti di assenso preventivi sulle iniziative edificatorie dei proprietari.

La prima regolamentazione organica in materia edilizia venne predisposta con la legge urbanistica fondamentale, l. n. 1150/1942, che prevedeva all'art. 31 l'obbligo della licenza edilizia per tutte le nuove costruzioni, da realizzarsi nell'ambito del centro abitato o delle aree di nuova espansione, indicate dal piano regolatore generale (venivano escluse le aree agricole). Con l'approvazione della l. n. 765/1967, c.d. legge Ponte, venne esteso l'ambito di applicazione dell'istituto della licenza edilizia a tutto il territorio comunale e ad interventi, non solo di nuova costruzione, ma anche ad interventi su opere già esistenti.

Il sistema così delineato venne riscritto per

effetto della l. n. 10 del 1977, che sostituì la licenza edilizia con la concessione edilizia a cui venne attribuito carattere oneroso, sulla base dell'idea, diffusa in dottrina, ma rifiutata dalle storiche pronunce della Corte costituzionale¹, che lo *ius aedificandi* dovesse considerarsi scorporato dal diritto di proprietà.

La concessione edilizia, al di là del nomen giuridico utilizzato, era qualificata dalla giurisprudenza in termini di atto autorizzatorio, pur contrassegnato dal carattere dell'onerosità. Tale quadro normativo subì nel corso degli anni numerose integrazioni per effetto di continui interventi normativi. Già a partire dall'anno successivo alcune ipotesi di interventi edilizi furono subordinate ad autorizzazione, cioè a un titolo più "leggero" perché gratuito, (v. art. 48 della l. n. 457 del 1978, con riferimento agli interventi di manutenzione straordinaria; art. 7 della l. 23.3. 1982, n. 94, di conversione, con modificazioni, del d.l. 23.1.1982, n. 9, relativamente agli interventi di risanamento conservativo e di restauro). In tale direzione si mosse la l. 28.2. 1985, n. 47 che, oltre ad accelerare le procedure di pianificazione urbanistica infraregionali e comunali, prevede l'assoggettabilità a mera autorizzazione dei mutamenti di destinazione d'uso meramente funzionali. Favorendo tale processo di liberalizzazione dell'attività edilizia, la legge in parola, con il disposto dell'art. 26, ha previsto che una serie sempre più ampia di opere edilizie minori potesse essere realizzata senza il previo rilascio di un provvedimento: la realizzazione di opere definite "interne" agli edifici, perché non incidenti sul prospetto, sulla sagoma, sulla superficie e non comportanti un aumento del numero di unità immobiliari, sono state sottoposte a semplice asseverazione di conformità.

¹ Cfr. *ex plurimis* Corte Costituzionale, n. 5/1980.

Infine con la l. 23.12.1996, n. 662 (art. 2, co.60), parte rilevante degli interventi edilizi è stata assoggettata alla disciplina della c.d. denuncia di inizio dei lavori (questo articolo, aggiunto all'art. 4, co. 7, lett. a) del d.l. 5.10.1993, n. 398, convertito dalla l. 4.12.1993, n. 493, è stato successivamente modificato dall'art. 10, co. 6 *bis*, del d.l. 31.12.1996, n. 669, convertito dalla l. 28.2.1997, n. 30 e dall'art. 11, co.1 e 2, del d.l. 25.3.1997, n. 67, convertito dalla l. 23.5.1997, n. 135).

Il panorama normativo era, dunque, quello di una varietà di atti legittimanti l'attività edilizia, ciascuno dei quali costituente titolo per una o più tipologie specifiche di intervento edilizio.

Di fronte a tale situazione, nacque l'esigenza di riordinare, razionalizzare e semplificare la normativa in materia edilizia attraverso l'elaborazione del T.U.. Il T.U. in materia edilizia, d.P.R. n. 380/2001, ha il proprio fondamento nella delega conferita al Governo ai sensi dell'art. 7, co. 1 e 2, della l. 8.3. 1999, n. 50, come modificato dall'art. 1 della l. 24.11. 2000, n. 340, che prevedeva l'emanazione di testi unici intesi a riordinare la disciplina di numerose materie. Per la gran parte delle disposizioni di ordine sostanziale, il T.U. si è limitato ad operare un mero coordinamento formale delle disposizioni legislative in materia edilizia, riproducendone il contenuto ed apportando le sole modificazioni necessarie ad evitare contraddizioni o ripetizioni e disporre le stesse secondo un disegno di consequenzialità logica. L'aspetto più innovativo riguarda, proprio, la riduzione dei titoli abilitativi a due soltanto: il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività, con conseguente superamento dell'autorizzazione.

L'attuale regime normativo, in tema di titoli legittimanti l'attività edilizia, si basa su una summa divisa tra gli interventi rilevanti sotto il profilo urbanistico ed edilizio, per i quali è necessario un controllo preventivo da parte dell'amministrazione comunale, realizzato attraverso il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, e gli interventi edilizi minori per i quali un tale controllo preventivo non risulta necessario, i quali possono o rientrare nelle ipotesi di attività edilizia li-

bera ovvero nell'ambito di operatività della denuncia di inizio attività.

Il regime delineato dal T.U., da un lato, contempla ipotesi di attività edilizia libera, cioè non soggetta ad alcun titolo abilitativo, e, dall'altro lato, indica espressamente gli interventi subordinati al titolo abilitativo del permesso di costruire, ed in via residuale quelli soggetti al titolo abilitativo della denuncia di inizio attività. Con riguardo alla denuncia di inizio attività, occorre precisare che al regime ordinario, contemplato negli artt. 22 e 23 del T.U., si è aggiunto, per effetto della l. 443/2001, l'istituto della superdia: il legislatore, in altri termini, ha previsto casi in cui la D.I.A. può essere adottata in alternativa al permesso di costruire; essa, in queste ipotesi, non è gratuita ma onerosa. Gli interventi suscettibili di super D.I.A. sono indicati nel 3 co. dell'art. 22: si degli interventi di ristrutturazione di cui all'art. 10, co. 1, lett. c); degli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti; qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della l. 21.12.2001, n. 443, il relativo atto di ricognizione deve avvenire entro trenta giorni dalla richiesta degli interessati; in mancanza si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche sopra menzionate; e da ultimo degli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche.

Gli interventi che possono essere realizzati senza permesso di costruire e senza denuncia di inizio attività sono indicati nell'art. 6 del T.U. in materia edilizia, recentemente modificato per effetto del d. lgs. 25.3.2010, n. 40, entrato in vigore dal 26.3.2010.

In base all'attuale formulazione dell'art. 6, può dirsi ampliato il novero di interventi oggi rientranti nell'attività edilizia libera.

Il nuovo art. 6, come riscritto dall'intervento legislativo del 2010 (art. 5 del d.l. n. 40 del 25.3.2010), si compone di tre commi.

Il primo comma ha ad oggetto l'individuazione degli interventi rientranti nelle attività edilizie per le quali non è prevista la necessità di titoli legittimanti (permesso di costruire o D.I.A.).

L'articolo si apre con una clausola di salvaguardia che fa salve le *"più restrittive disposizioni previste dalla disciplina regionale"* e che impone l'*"osservanza delle prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali"* delle *"altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienicosanitarie, di quelle relative all'efficienza energetica nonché delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22.1.2004, n. 42"*. La disciplina ivi prevista, in altri termini, è derogabile per effetto di disposizioni di legge regionali che restringono l'ambito delle attività libere rispetto alle ipotesi previste dalla norma statale. Poiché, infatti, per effetto della modifica del Titolo V, parte II della Costituzione (intervenuta con l. costituzionale n. 3/2001), il governo del territorio rientra tra le materie attribuite alla competenza legislativa concorrente tra Stato e regioni – in base alla quale allo Stato spetta il potere di fissare i principi fondamentali e alle regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio² - va considerata legittima la norma di dettaglio regionale che individui specifiche fattispecie rientranti in una categoria di rilevanza edilizio-urbanistica, qual è quella della attività edilizia libera. Il legislatore del 2010 ha aggiunto al nucleo originario degli interventi non soggetti a titolo abilitativo - interventi di manutenzione ordinaria, interventi volti alla eliminazione delle barriere architettoniche, opere temporanee per attività di ricerca del sottosuolo - nuove ipotesi di attività edilizia libera: si tratta degli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, co.

1, lett. b), sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici; i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari; le opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni; le serre mobili stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola; le opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni, anche per aree di sosta, che siano contenute entro l'indice di permeabilità, ove stabilito dallo strumento urbanistico comunale; i pannelli solari, fotovoltaici e termici, senza serbatoio di accumulo esterno, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori delle zone di tipo A di cui al d.m. lavori pubblici 2.4.1968, n. 1444; le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici.

Al co. 2 è previsto il rilascio del certificato prevenzione incendi e del parere di conformità antincendio per le attività libere individuate al primo comma, stabilendo la concessione del primo con il metodo dell'*"esame a vista"*, ovvero attraverso l'esame dell'immobile e senza necessità di allegazione di documentazione e la concessione del secondo entro il termine di 30 giorni. Al co. 3 si stabilisce l'obbligo per l'interessato che intenda operare gli interventi indicate nelle lett. b), f), h), i), l) del novellato art. 6, di presentare al comune una comunicazione con designazione della ditta esecutrice dei lavori.

L'art. 10, co. 1, del T.U. definisce in positivo le categorie di intervento che comportano una trasformazione insieme urbanistica ed edilizia.

L'elenco contenuto all'art. 10 individua dunque tali ipotesi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio negli interventi di seguito indicati: interventi di nuova costruzione; interventi di totale demolizione con ricostruzione; interventi di ristrutturazione urbanistica; interventi di ristrutturazione edili-

² Corte Cost. 30.12.2009, n. 340



zia con sostanziale modifica dell'esistente, individuati in negativo rispetto alle ipotesi sottoposte oggi a denuncia di inizio attività (interventi che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, dei prospetti o delle superfici); mutamenti di destinazione d'uso realizzati mediante interventi edilizi, individuati in negativo rispetto alle ipotesi sottoposte oggi a denuncia di inizio attività (mutamenti connessi ad interventi di ristrutturazione edilizia, nonché, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, i mutamenti di destinazione d'uso realizzati con opere edilizie). L'indicazione contenuta al co. 1 dell'art. 10 non costituisce, tuttavia, un elenco chiuso: il co. 2 dello stesso articolo attribuisce infatti alle regioni il potere di sottoporre al regime concessorio, *“in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico”*, ulteriori categorie di interventi.

Un altro elemento di flessibilità è stato introdotto valorizzando l'autonomia degli enti locali, ai quali viene attribuito il potere di definire, in sede di pianificazione urbanistica, *“in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree”* le

ipotesi in cui gli interventi pertinenziali non sono da qualificarsi nuova costruzione, con la conseguente sottrazione al regime concessorio. Questa previsione consente di graduare il controllo sull'attività edilizia del privato in relazione alla effettiva specificità del tessuto urbanistico ed ambientale.

Gli interventi edilizi realizzabili mediante denuncia di inizio di attività sono invece individuati in via residuale rispetto alle categorie espressamente sottoposte a permesso di costruire. Gli interventi soggetti a denuncia di inizio attività sono tutti quelli che non risultano soggetti a permesso di costruire così come definiti all'art. 10 del d.P.R. n. 380/2001, ovvero che non rientrano nell'attività edilizia libera, come definita all'art. 6 del d.P.R. n. 380/2001.

Pertanto, per individuare il titolo abilitativo necessario all'esecuzione di un determinato intervento, occorre verificare se esso è ricompreso nell'ambito di quelli elencati, in modo vincolante, negli elenchi di cui agli artt. 6 e 10; in caso non vi rientri, l'intervento sarà soggetto a denuncia di inizio attività, ai sensi dell'art. 22, co. 1.

«.....GA.....»

BREVI OSSERVAZIONI SUI RIFLESSI DELL'ART. 41 L. 99/2009 SULL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DELL'ENTE LOCALE

degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco

Il presente contributo, tenuto conto dei risvolti processuali apportati dalla normativa in commento, mira ad individuare i riflessi pratici che l'applicazione dell'art. 41 sopra indicato provoca sull'attività amministrativa degli enti locali

L'art. 41 della l. n. 99 del 23.7.2009, recante *“Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese nonché in materia di energia”* costituisce norma di fondamentale rilievo in ambito giurisdizionale, in quanto prevede una riserva di competenza di stampo funzionale in capo al TAR del Lazio per tutte le procedure e i provvedimenti adottati dalla PA o da soggetti alla stessa equiparati ed inerenti l'energia, secondo l'elencazione testuale delle singole sottomaterie individuate in ambito energetico.

Tale norma, appropriamente intitolata *“Tutela giurisdizionale”* così dispone:

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e attribuite alla competenza del tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma, tutte le controversie, anche in relazione alla fase cautelare e alle eventuali questioni risarcitorie, comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti.

2. Per le controversie di cui al presente articolo trovano applicazione le disposizioni processuali di cui all'articolo 23 *bis* della l. 6.12.1971, n. 1034.

3. Le questioni di cui al co. 1 sono rilevate d'ufficio.

4. Sono fatte salve le disposizioni in materia di competenza territoriale di cui al co. 25

della l. 14.11.1995, n. 481.

5. Le norme del presente articolo si applicano anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge e l'efficacia delle misure cautelari emanate da un'autorità giudiziaria diversa da quella di cui al co. 1 permane fino alla loro modifica o revoca da parte del TAR del Lazio, con sede in Roma, dinanzi al quale la parte interessata ha l'onere di riassumere il ricorso e l'istanza cautelare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

6. Nelle ipotesi di riassunzione del ricorso di cui al co. 5, non è dovuto il contributo unificato di cui all'art. 9 del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30.5.2002, n. 115, e successive modificazioni.

7. Dall'attuazione delle disposizioni del presente articolo non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Agli adempimenti previsti dal presente articolo si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Come sopra accennato, la suddetta norma, prevede un nuovo ambito di competenza esclusiva di cui viene funzionalmente investito il TAR del Lazio per tutte quelle materie coinvolgenti procedimenti e/o provvedimenti rientranti tra quelli indicati nel suddetto co. 1.

Accanto a tale previsione, il legislatore introduce nei successivi commi dell'art. 41 un'ulteriore serie di regole di carattere strettamente processuale.

In questa sede, prescindendo dall'interpretazione circa la portata e l'applicazione della suddetta normativa ai giudizi in corso, ed in attesa delle auspiccate interpretazioni che

saranno fornite in proposito dalla giurisprudenza del TAR del Lazio, preme soprattutto soffermarsi, sui riflessi che l'art. 41 e la portata applicativa della stessa potranno avere nell'ambito dell'agire dell'ente locale.

Infatti è indubbio che ad esempio in campo energetico e termoelettrico l'attività di dispacciamento dell'energia compete allo Stato o a soggetti titolari di concessione, ma è pur vero che qualsiasi ente locale può trovarsi ad incrociare la propria attività amministrativa con quella dello Stato o del concessionario.

In tale materia, non foss'altro per gli effetti che ne conseguono dall'applicazione in capo agli Enti locali dei provv.ti generali assunti dall'amministrazione dello Stato o dal suo concessionario, risulta evidente che l'ente locale attiva un procedimento ovvero adotta un provvedimento che può spiegare i propri effetti in una delle materie elencate nel co. 1 dell'art. 41, con la conseguenza che anche detto procedimento o provvedimento che sarà adottato non può che ritenersi necessariamente interessato dagli sviluppi processuali imposti dalla riassunzione del giudizio innanzi al TAR del Lazio, a seguito dell'entrata in vigore della l. 99 del 2009 in commento.

Si consideri infatti che tale procedimento o provvedimento amministrativo, cioè quello adottato dall'ente locale e rientrante in una delle materie di cui al co. 1, potrebbe subire gli effetti previsti dal successivo co. 5 della stessa legge, laddove il provvedimento adottato dall'Ente sia stato già impugnato in sede giurisdizionale e quindi sospeso in via cautelare dal TAR adito.

Si pone in tale circostanza, infatti, per il responsabile del servizio dell'ente locale il problema inerente la sorte di un suo provvedimento, la cui efficacia sia stata sospesa dalla pronuncia cautelare del TAR.

E per vero, in base a quanto disposto dal co. 5 dell'art. 41, l'efficacia delle pregresse misure cautelari permane *“fino alla loro modifica o revoca da parte del Tribunale Amministrativo del Lazio, con sede in Roma, dinanzi al quale la parte interessata ha l'onere di riassumere il ricorso e l'istanza cautelare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”*.

In tale circostanza si può fondatamente ri-

tenere che la posizione di responsabilità del Dirigente dell'ente locale competente in materia sia concreta e definibile con riferimento ad un'azione amministrativa avente ad oggetto un provvedimento, già sospeso in via giudiziale, ma nuovamente sotto esame, per via della riassunzione del ricorso e dell'unita istanza cautelare davanti al TAR del Lazio.

Ed invero, pur in assenza di circostanze sopravvenute che possano indurlo a riesaminare l'ordinanza cautelare, il TAR del Lazio, in applicazione del co. 5 dell'art. 41, potrebbe anche modificare o revocare una precedente ordinanza di sospensiva di altro TAR, con evidenti ed immediate ricadute sul provvedimento dell'ente a suo tempo sospeso in sede giurisdizionale.

In tali casi, infatti, si profila un'attività amministrativa che viene chiamata a conformarsi al nuovo *dictum* del G.A., e ciò può avvenire in almeno due forme, a seconda che il provvedimento che riacquista efficacia necessiti o meno di ulteriore attività provvedimentale.

Nella prima ipotesi, il responsabile dell'amministrazione non dovrà far altro che prendere atto dell'intervenuta conferma da parte del TAR del Lazio, di una sospensione cautelare del provvedimento, già pronunciata da un diverso Tar, restando pertanto immutato, oltre il provvedimento, anche la relativa situazione cui lo stesso accede. Diverso è invece il caso in cui il TAR Lazio revochi o modifichi la precedente pronuncia cautelare, a seguito della quale il provvedimento precedentemente sospeso riacquista efficacia.

In tal caso, infatti, il responsabile-Dirigente dell'ente locale, una volta messo a conoscenza dal proprio legale e comunque a seguito della ricezione della comunicazione della nuova ordinanza del TAR, dovrà necessariamente modulare l'azione dell'ente in senso conformativo rispetto alla reviviscenza di un precedente provvedimento, ora nuovamente efficace (eventualmente, in caso di ordinanza modificativa, nei limiti dell'apportata modifica) e per il quale venga ravvisata la necessità di una consequenziale azione amministrativa di completamento e comunque avente carattere integrativo rispetto alle peculiari necessità imposte dal caso singolo.

Risulta dunque rilevante, in tali circostanze, il grado di attenzione che dovrà essere posto dal responsabile dell'ente locale circa gli sviluppi delle vicende processuali che involgano un proprio provvedimento nonché, qualora tale provvedimento venga reso nuovamente legittimo seppure in via cautelare, considerare se darvi seguito o comunque integrarne gli effetti in considerazione della nuova situazione creatasi, attivando un'ulteriore

fase procedimentale che ne completi la portata, con provvedimenti volti al perseguimento dell'interesse pubblico che scongiurino anche l'ipotesi di un eventuale pregiudizio erariale.

Ovviamente sarà opportuno attendere le prime pronunce del TAR Lazio onde aggiornare gli enti locali circa gli effetti che da tali pronunce possano conseguire sugli enti stessi e, soprattutto, sugli atti che questi frattanto abbiano ovvero stiano per adottare in materia.

«.....GA.....»

QUANDO POSSONO CONSIDERARSI INIZIATI I LAVORI EX ART. 15, 2° CO. T.U. EDILIZIA?

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

L'art. 15 del T.U. dell'edilizia o il permesso di costruire prevedono i termini sia per l'inizio che per la fine dei lavori, rispettivamente di uno e tre anni dove, secondo la recente giurisprudenza, il primo termine annuale decorre dall'inizio effettivo dei lavori anche se di carattere meramente preparatorio.

La Suprema Corte¹ ha definito, con tratti decisi, il confine interpretativo dell'inizio dei lavori come sono da intendersi ai sensi dell'art. 15, co. 2 del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, approvato con d.P.R. n. 380 del 2001.

La questione è di non poco conto, in quanto permette di appurare se, nel titolare del permesso di costruire, sia effettivo l'intendimento di addvenire al compimento dell'opera assentita.

Ritiene il Giudice che, ai fini della decisione, occorra ricercare la presenza di requisiti sintomatici dell'avvio dei lavori.

In tal senso, la compiuta organizzazione del cantiere si evince dal concentramento di mezzi e di uomini, cioè: nell'impianto del cantiere; nell'innalzamento di elementi portanti; nella elevazione di muri; nella esecuzione di scavi coordinati al gettito delle fondazioni del costruendo edificio.

L'esigenza che si tutela è evitare che il termine prescritto possa essere eluso con ricorso ad interventi fittizi e simbolici, come il semplice sbancamento, ovvero lo scavo e l'eventuale asportazione di quantità di terreno.

Il termine per avviare l'opera è fissato dalla norma richiamata in un anno, corrente dalla data di rilascio del provvedimento di assenso. La medesima disposizione contempla e determina anche il termine per il completamento dell'opera dall'inizio dei lavori, che corrisponde a tre anni.

I dati forniti sono molto importanti, in quanto rilevano sotto il profilo penalistico perché, chi lasci decorrere i termini suddetti e poi costruisca, dando principio o prosecuzio-

ne all'opera, si espone non solo e, si aggiunge, non tanto a conseguenze di rilievo amministrativo, ma alle pene che, il T.U. dell'edilizia, indica all'art. 44². Posto che, ove l'opera riguardi le aree sottoposte a vincolo indicate dalla lett. c) del 1 co. della norma in esame, si applicano le pene detentive ivi indicate, è da chiedersi se, normalmente, si debba guardare alla lett. b), che colpisce la costruzione in assenza (o in totale difformità) di permesso, o la più "blanda" lett. a), che sanziona, solo pecuniariamente, chi tradisca

² Il quale recita:

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:

a) l'ammenda fino a 10.329 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire;

b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5.164 a 51.645 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione;

c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15.493 a 51.645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso.

2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari.

2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante denuncia di inizio attività ai sensi dell'articolo 22, co. 3, eseguiti in assenza o in totale difformità dalla stessa.

¹ Cass. Pen., Sez. III, 23.2.2010, 7114.

l'osservanza delle prescrizioni e modalità esecutive contenute nel permesso, e, quindi, non inverosimilmente, il termine per iniziare e quello per completare l'intervento oggetto del provvedimento.

Posto che la legge, di natura regolamentare sul punto, trova vigore fintanto che non sia intervenuta la potestà delle regioni a disciplinare diversamente e specificamente tale aspetto (art. 117 cost.) e che permane, inoltre, la potestà normativa regolamentare dei comuni, come dall'art. 1, co. 2. del T.U., occorre osservare, preliminarmente, che il permesso di costruire può indicare, in apposite clausole, un termine inferiore a quello indicato nell'art. 15 del T.U., sia per l'inizio dei lavori, che per il loro completamento³. In assenza di indicazione, la giurisprudenza, vigente la precedente disciplina, aveva già raggiunto la soluzione, a tutt'oggi valida⁴ per cui si doveva intendere riconosciuto il termine massimo di legge⁵. Dette clausole, eventualmente, vanno impugnate tempestivamente, perché un'impugnazione a scadenza maturata sarebbe inammissibile o, comunque, infondata: la lesività, infatti, deriva dal dover riprogrammare l'esecuzione dei lavori, e non dal fatto che la scadenza sia avvenuta, perché, in tale ipotesi, la lesività deriva non dalla scadenza del tempo, ma dal fatto che il tempo a disposizione risulti insufficiente a completare⁶.

L'anno (o il diverso termine) concesso per l'inizio dei lavori decorre dal rilascio del permesso, non dal ritiro del provvedimento.

La precedente elaborazione giurisprudenziale, sotto questo profilo, contrastava detta soluzione, ritenendo equo far decorrere il termine dalla conoscenza del titolo: secondo il Consiglio di Stato, in particolare, il dies a quo del termine annuale previsto per l'inizio dei lavori assentiti coincide con la data in cui il provvedimento è stato comunicato (o noti-

ficato) al richiedente, ovvero con la data in cui quest'ultimo ne ha avuto piena conoscenza. Ciò "ai sensi degli artt. 31, l. n. 1150/1942, 10, l. n. 765/1967 e 4 l. n. 10/1977 ed in base al principio, generale secondo il quale il termine ricollegabile a fatti non conosciuti o conoscibili con l'impiego di una diligenza più che normale decorre non dalla data del fatto, ma da quella della conoscenza del fatto"⁷.

Altre passate decisioni hanno fatto decorrere il termine annuale dal ritiro del provvedimento⁸.

La precedente soluzione pendeva più verso la garanzia del privato, ma pregiudicava interesse, pure consistente, a che i lavori venissero iniziati entro un data certa. Con il T.U., dunque, è diventato onere del privato informarsi⁹.

Il termine finale triennale, diversamente, decorre dall'inizio effettivo dei lavori. È pertanto meno certa la data, ma, per lo meno, si soddisfa l'esigenza di contenere detto termine entro e non oltre quattro anni dal rilascio del provvedimento abilitativo. Alla scadenza, il termine potrà considerarsi rispettato solo con il completamento della costruzione.

L'elaborazione della nozione di inizio dei lavori si ricava dalla giurisprudenza precedente. In tal senso, è inizio dei lavori solo l'esecuzione di opere dalle quali sia incontrovertibilmente desumibile l'effettiva volontà del richiedente di realizzare la costruzione progettata (cd. *animus aedificandi*), onde evitare l'elusione del termine per mezzo di iniziative apparenti¹⁰.

Precedentemente alla decisione che si segnala, non sono stati ritenuti idonei nel senso di cui sopra i modesti scavi di sondaggio o il solo spianamento del terreno, di carattere me-

³ Vedi CdS, V, 12.9.1992, n. 781, in Il Foro amministrativo, 1992, 1915.

⁴ Vedi, in dottrina, Di Lorenzo, Commento all'art. 15, t.u. edilizia, in AA.VV., Testo unico dell'edilizia (a cura di V. Italia), Milano, 2003, 245.

⁵ Cfr. CdS, IV, 3.3.1988, n. 127, in Il Consiglio di Stato, 1988, I, 244; Id., Sez. V, 18.2.1991, n. 139, in Il Consiglio di Stato, 1991, I, 231.

⁶ Sul punto, v. CdS, V, 24.12.1997, n. 1636, in RGE, 1998, I, 365.

⁷ Così CdS, V, 5.2.1985, n. 68, in Il Consiglio di Stato, 1985, I, 167.

⁸ Cfr. CdS, IV, 26.10.1982, n. 677, in Il Foro amministrativo, 1982, 1814.

⁹ Vedi, in dottrina, Di Lorenzo, Commento all'art. 15, cit., 246.

¹⁰ Nella previgente disciplina, ha "ricostruito" la nozione di inizio lavori Falcone, concessione Edilizia, in AA.VV., in URB APP (a cura di P. Falcone e E. Miele), I, Torino, 2000, 492 ss; sulla casistica, v. A. Fiale, Diritto urbanistico, Napoli, 2000, 2002, 522.

ramente preparatorio¹¹. Sbancamento, livellamento del terreno e scavo delle prime fondazioni sono stati ritenuti sufficienti in casi di interventi particolarmente modesti, di carattere precario e completamente smontabili¹². Come pure sufficienti si sono ritenuti la costruzione di muri o pilastri.

Quanto agli interventi di sbancamento per le fondamenta, la loro adeguatezza va commisurata, insieme con lo spianamento, all'entità dei lavori: maggiormente sono avanzati, più l'interesse comprova il citato animus aedificandi¹³, soprattutto se avvalorati dall'attività di picchettamento dell'area e dalla stipula del contratto di appalto¹⁴.

Pure la realizzazione di opere di fondazioni perimetrali, idonee a sostenere i manufatti da costruire, è stato ritenuto inizio dei lavori ai sensi dell'art. 15 del T.U.¹⁵.

In ogni caso, in generale, nessuna attività non attinente e non finalizzata alla realizzazione dell'opera può, in alcun modo, determinare l'inizio di attività richiesto dalla legge¹⁶.

L'art. 15 del T.U. contempla due diverse ipotesi di decadenza dal permesso di costruire. La prima, ripresa dal co. 2 della norma richiamata, riguarda il caso classico di mancato avvio (o ultimazione) dei lavori afferenti l'opera alla scadenza dei termini di legge o assentiti¹⁷. Il secondo caso, invece, prende in

considerazione l'eventualità di una sopravvenienza di previsioni urbanistiche, introdotte con strumento urbanistico, o con norme legislative o regolamentari, per cui, per sopravvenuta illegittimità del titolo abilitativo, la parte di opera assentita non ancora realizzata sia in contrasto con le nuove normative¹⁸.

Nel primo caso, la decadenza dal diritto riguarda la sola parte di opera non ancora realizzata: si può richiedere una proroga o un nuovo titolo abilitativo. Si tenga presente che, per ottenere la proroga, occorre poter dimostrare una oggettiva eccessiva mole o la particolarità delle caratteristiche tecnico-costruttive dei lavori da realizzare; oppure la natura pubblicistica dell'opera, che preveda e comporti il finanziamento in più esercizi successivi, il che provoca, necessariamente, degli arresti alla realizzazione.

Le norme sulla proroga dei termini previsti per la realizzazione di interventi soggetti a permesso di costruire sono di stretta interpretazione, rappresentando le stesse una deroga alla disciplina generale dettata al fine di evitare che una edificazione autorizzata nel vigore di un determinato regime urbanistico venga realizzata quando il mutato regime non lo consente più.

La differenza fra proroga e richiesta di un nuovo titolo, in estrema sintesi, riguarda, in primo luogo, il momento della richiesta: in pratica, ove il termine sia già scaduto, si può chiedere solo un nuovo titolo¹⁹, che non consiste, in secondo luogo, semplicemente, in una richiesta di novazione del termine di un provvedimento ancora efficace. Il nuovo titolo, ovviamente, deve essere adeguato all'opera residua e, per questo, nulla esclude che, in concreto, possa essere sufficiente una denuncia di inizio attività. Se si è richiesta una proroga, non è legittimo e, comunque, non ha efficacia il provvedimento del sindaco che, preliminarmente (e prematuramente, aggrungeremmo), si sia pronunciato per la de-

lizia per mancata ultimazione dei lavori, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1998, I, 366.

¹⁸ Cfr. sul punto, Cass. pen., Sez. III, 19.3.2008, Minciarelli.

¹⁹ V. Cass. pen., SS.UU., 23 aprile 1993, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 1993, 966.

¹¹ In giurisprudenza, v. CdS, V, 22.11.1993, n. 1165, in *Il Consiglio di Stato*, 1993, I, 1442; Id., 16.11.1998, n. 1615, in *Il Foro amministrativo*, 1998, 3109.

¹² In tal senso in dottrina, CdS, V, 1.10.2003, n. 5648, in *URB APP*, 2004, 449.

¹³ Si veda CdS, V, 13.5.1996, n. 535, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, III, 1, 670.

¹⁴ Cfr. CdS, V, 30.7.1986, n. 383, in *Il Consiglio di Stato*, 1986, I, 882.

¹⁵ CdS, V, 28.1.1992, n. 77, in *Il Foro Amministrativo*, 1992, 83.

¹⁶ In tal senso CdS, V, 6.10.1986, n. 495, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1987, I, 72.

¹⁷ Sul Punto, in dottrina, vigente la vecchia disciplina, con particolare riferimento all'inizio dei lavori, v. Avanzini, Sulla decadenza della concessione edilizia per decorso dei termini di inizio lavori: natura effetti, e vizi di legittimità, in *Rivista Giuridica di Urbanistica*, 1996, 403. Si veda anche, in generale, sulla decadenza, Fantini, Sulla decadenza della concessione edilizia per mancata ultimazione dei lavori, in *Giurisprudenza Civile*, 1995, I, 1698; Occhiena, Breve ricostruzione storica dell'istituto della decadenza della concessione edi-

cadenza²⁰. Ove la decadenza intervenga nelle more del procedimento di proroga, i lavori vanno sospesi; se del caso, è comunque possibile ottenere il permesso di costruire in sanatoria delle opere costruite dopo la scadenza.

Secondo parte della giurisprudenza²¹, la scadenza del termine apposto all'autorizzazione edilizia per l'avvio dei lavori, riferendosi soltanto alle modalità cronologiche di esercizio di una facoltà del destinatario, non determina, automaticamente, la cessazione di effetti del provvedimento, ma costituisce soltanto il presupposto per l'accertamento eventuale della decadenza dall'autorizzazione edilizia; di conseguenza, ove la richiesta di proroga del termine sia proposta anteriormente alla scadenza del termine, legittimamente tale termine viene prorogato dalla PA attraverso una motivazione per relationem al provvedimento originario, considerato che nei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica di un soggetto determinato, qualora non emerga, con immediatezza, la presenza di soggetti controinteressati, non è necessaria una motivazione particolarmente ampia e complessa.

Diversamente, la tardiva esecuzione (dopo la scadenza dei termini) di lavori non ancora ultimati, è, a tutti gli effetti, un'opera consapevolmente realizzata in assenza di un titolo abilitativo e, per questo, sanzionata nei termini di legge.

Nell'ipotesi di sopravvenienza di una modifica dello strumento urbanistico, legittimamente adottato, la decadenza dal permesso si realizza solo a condizione che, all'entrata in vigore delle nuove previsioni, l'opera non sia stata ancora avviata o, iniziata, non sia stata ancora terminata nei tre anni o nel diverso termine riconosciuto, decorrente comunque dall'inizio dei lavori. In questo caso, come ovvio, non si potrà ottenere né una proroga, né un rinnovo del titolo abilitativo, ormai illegittimo: diversamente, si potrà chiedere e, eventualmente, ottenere un nuovo permesso previa modifica del progetto per renderlo conforme alle nuove previsioni. La decadenza, in ogni caso, non opera di diritto, ma pre-

²⁰ Cfr. CGCA, 18.6.1991, n. 190, in *Giustizia amministrativa siciliana*, 1992, 65.

²¹ Così CdS, V, 18.9.2008, n. 4498, *Lidl Italia c. Itali più Service*.

via verifica di eventuali contrasti del progetto approvato con la nuova normativa²². La pronuncia formale, in tal senso, rende operante la decadenza²³. La disciplina che opera la modifica deve entrare in vigore: non è sufficiente che, di qual si voglia natura sia, sia stata semplicemente adottata.

Per consolidata giurisprudenza, la decadenza avviene per oggettivo decorso dei termini, irrilevanti, sul punto eventuali impedimenti soggettivi del titolare²⁴.

Ciò posto, non può dichiararsi la decadenza dal permesso se la scadenza è sopraggiunta per fatti oggettivamente non imputabili.

Il primo caso è dato dal *cd. factum principis*: è il caso, ad esempio, in cui un'autorità pubblica diversa da quella comunale inibisca determinati lavori edilizi. Si verifica un fatto impeditivo della dichiarazione di decadenza, con sospensione del termine di cui all'art. 4, co. 4 l. n. 10/1977²⁵. Altro caso è se, piuttosto, intervenga un ordine autoritativo di sospensione dei lavori²⁶.

Un'ulteriore ipotesi di impedimento della decadenza è il caso di forza maggiore, quali, ad esempio, pubbliche calamità²⁷.

Si prende, infine, sul punto, in esame l'ipotesi di sospensione legale dei termini, come si potrebbe verificare e si è verificato in passato nel caso di mancato rilascio del fondo da parte del coltivatore: in tale evenienza, infatti, a norma dell'art. 50, co. 7 della l. n. 203/1982 i termini rimangono sospesi fino alla data di effettivo rilascio del fondo²⁸.

²² V. in dottrina, Di Lorenzo, *Commento all'art. 15*, cit., 258.

²³ Così CdS, V, 26.6.2000, n. 3612, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, I, 1511.

²⁴ Cfr., in tema, CdS, V, 10.11.1993, n. 1147, in *Il Consiglio di Stato*, 1993, I, 1436; Id., 15 aprile 1992, n. 303, in *Rivista amministrativa*, 1992, 772; Id., 6 ottobre 1986, n. 495, in *Il Consiglio di Stato*, 1986, I, 1515.

²⁵ Si legga, CdS, V, 23.11.1996, n. 1414, in *Il Consiglio di Stato*, 1996, I, 1758; Id., 6 ottobre 1999, n. 1338, in *Il Consiglio di Stato*, 1999, I, 1603.

²⁶ Così, CdS, V, 13.11.1993, n. 251, in *Il Foro Amministrativo*, 1993, 428.

²⁷ CdS, V, 29.1.2003, n. 453, in *Il Nuovo Diritto*, 2003, 771; Id., 7 marzo 1997, n. 204, in *Il Consiglio di Stato*, 1997, I, 357; Id., 6 ottobre 1986, n. 495, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1987, I, 72.

²⁸ CdS, V, 8.4.1999, n. 396, in *Comuni d'Italia*, 1999, 1781.

Dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza il punto riguardo la necessità, o meno, di un provvedimento dichiarativo della decadenza per la sua efficacia²⁹.

In un caso, basta il decorso del tempo o il nuovo provvedimento urbanistico, per realizzare la decadenza³⁰: l'eventuale provvedimento espresso, avrà, dunque, natura dichiarativa-ricognitiva e carattere vincolato a certificare, formalizzandolo, ciò che, concretamente, si è già realizzato³¹. La decadenza, in questo caso, si verifica *ex tunc*, ovvero da quando si è verificata, anche se sancita successivamente³².

Per una differente corrente di pensiero, il provvedimento dà vita alla decadenza³³, verificando e accertandone i presupposti nella mancanza del quale, la stessa, pur verificatasi, non produce i suoi effetti³⁴.

Importanti le conseguenze dell'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, anche sotto il profilo penale: nel primo caso, infatti, pur non essendo (ancora) intervenuta la declaratoria di decadenza, il manufatto realizzato dopo il suo materiale avveramento, ha carattere abusivo

²⁹ In dottrina, Pifferi, La decadenza della concessione edilizia opera *ex tunc*, ma previo provvedimento declaratorio del sindaco, in Amministrazione Italiana, 1991, 1918; Antoniazzi, Concessione edilizia per impianti produttivi e decadenza per mancata ultimazione dei lavori, in Rivista Giuridica di Urbanistica, 1992, 427 e segg.

³⁰ Così, CdS, V, 27.2.1990, n. 208, in Il Consiglio di Stato, 1990, I, 252.

³¹ Vedasi CdS, V, 27.12.1996, n. 55, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 1989, I, 103; Id., 18 febbraio 1991, n. 139, cit.; Id., 16 novembre 1998, n. 1615, in Il Foro Amministrativo, 1998, 3109; Id., 27 marzo 2000, n. 1755, in Il Consiglio di Stato, 2000, I, 682; Cons. St., Sez. IV, 10 agosto 2007, n. 4423, De Vivo c. Com. Quarto. Interessante, sul punto, CdS, II, 11 giugno 2008, n. 3461/07, Ghionna c. Com. Massafra, secondo cui Il provvedimento di decadenza, dal carattere dichiarativo, può intervenire solo in presenza dei presupposti di legge; di conseguenza è illegittimo il provvedimento di decadenza disposto in caso di inosservanza delle prescrizioni edilizie, che possono invece essere sanzionate con un ordine di demolizione.

³² Cfr. CdS, V, 21.10.1991, n. 1239, in Rivista Giuridica di Urbanistica, 1992, 421.

³³ V. CdS, V, 13.5.1996, n. 535, in Giurisprudenza Italiana, 1996, III, 1, 670.

³⁴ Sul punto, CdS, V, 26.6.2000, n. 3612, in Il Consiglio di Stato, 2000, I, 1511.

e, pertanto, penalmente sanzionabile³⁵; il che non è, ove si ritenga, invece, che la declaratoria abbia carattere "costitutivo"³⁶.

Vi è, inoltre, una corrente pseudo-intermedia di pensiero, secondo la quale, la decadenza del concessionario avviene ope legis e comporta senz'altro responsabilità penali ai sensi dell'art. 44 T.U. edilizia in caso di protrazione dei lavori oltre il termine: mentre la declaratoria di decadenza da parte dell'Autorità preposta costituirebbe solo il presupposto per l'adozione di eventuali sanzioni amministrative³⁷.

Secondo parte della giurisprudenza, la natura dichiarativa del provvedimento di decadenza, che certifica un dato di fatto, con particolare riferimento al mancato rispetto del termine iniziale, esclude la possibilità del concessionario di influenzare lo stesso e, pertanto, rende superfluo l'avviso, *ex art. 7* della l. 241/90, dell'avvio del relativo procedimento amministrativo³⁸; per altra parte dei giudici, invece, anche un provvedimento vincolato è illegittimo, se l'interessato abbia a contestare la sussistenza del presupposto e non sia stato tempestivamente avvertito dell'incipit di cui sopra³⁹.

Sempre di conseguenza la riconoscimento ope legis della decadenza, eventi futuri non potranno restituire validità ad un permesso, una licenza, una concessione che l'avevano già perduta⁴⁰; né deve essere preso in considerazione un eventuale vecchio permesso decaduto, pur in mancanza di provvedimento formale di decadenza, ai fini della motivazione di una modifica ad uno strumento urbanistico⁴¹.

³⁵ Vedasi Cass. pen., Sez. III, 21 febbraio 2006, Minciarelli; Id., 2 luglio 1998, in Rivista Penale, 1998, 1127; Consiglio di Giustizia amministrativa siciliana, 16 settembre 1998, n. 474, in Giustizia amministrativa siciliana, 1998, 694.

³⁶ Cfr. CdS, V, 29.1.1982, n. 63, in Amministrazione Italiana, 1982, 1276.

³⁷ In tal senso Cass. Pen., Sez. III, 20 settembre 2005, Aquilanti.

³⁸ Si veda CdS, V, 16.11.1998, n. 1615, cit.

³⁹ Cfr. CdS, V, 13.11.1995, n. 1562, in Il Foro Italiano, 1996, III, 260.

⁴⁰ Così, CdS, V, 7.3.1997, n. 204, in Il Consiglio di Stato, 1997, I, 357.

⁴¹ CdS, V, 13.5.1992, n. 511, in Giurisprudenza Italiana, 1993, III, 1, 644. In dottrina, Fanti, Motivazioni e

La prova della decadenza⁴², infine, deve essere fornita dal comune, mediante documentazione o accertamenti⁴³, perché i pre-

varianti allo strumento urbanistico – La decadenza della concessione edilizia, in *Rivista giuridica di Urbanistica*, 1994, 31 e segg.

⁴² In dottrina, in generale, Angiolini, *Atti di accertamento e onere della prova nel procedimento amministrativo: il caso della decadenza dalla concessione edilizia*, in *Studium Iuris*, 1997, 715.

⁴³ Si veda CdS, V, 9.9.1985, n. 288, in *Il Consiglio di Stato*, 1985, I, 922.

supposti dell'atto adottato debbono essere accertati dall'autorità emanante; la prova contraria, specie in presenza di accertamenti incompleti e approssimativi da parte dell'Autorità pubblica, può essere raggiunta anche con indizi, purché gravi, precisi e concordanti⁴⁴.

⁴⁴ CdS, V, 21.12.1983, n. 779, in *Il Foro Amministrativo*, I, 2397.

«.....GA.....»

UN PANORAMA SULL'INADEMPIMENTO DELL'ORDINE DI DEMOLIZIONE E L'EFFETTO ABLATIVO A FAVORE DELL'ENTE COMUNALE

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

Se il responsabile di un abuso edilizio non ha ottemperato nei termini all'ordine amministrativo di demolizione del manufatto, il giudice che dispone il dissequestro restituirà il manufatto al comune assegnatario perché, con l'inadempimento dell'intimazione di demolizione si sono verificate, ipso iure, l'estinzione di una situazione soggettiva reale in capo al privato e la costituzione di una nuova situazione soggettiva reale in capo all'ente pubblico; questo ancor prima e indipendentemente dalla notifica dell'inadempimento, utile all'immissione nel possesso e alla trascrizione nei registri.

Il principio informatore del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, approvato con d.P.R. n. 380 del 2001, è che i provvedimenti repressivi di abusi edilizi sono atti non dipendenti da valutazioni a carattere discrezionale, in quanto essi stessi restano subordinati alla mera verifica dell'esistenza dei presupposti di legge. Accertata l'infrazione (nel caso, la sussistenza dell'abuso edilizio), l'amministrazione non ha margini per ulteriori valutazioni circa la concreta lesione e la posizione degli interessi pubblici collegati all'assetto urbanistico e del territorio coinvolto.

Il giudizio, di difformità o, comunque, di mancato rispetto delle norme, avviene sempre sulla scorta di una ricognizione dell'illecito, a seguito di un accertamento eseguito *ad hoc* dagli organi preposti, necessario per poter ricondurre le violazioni accertate nell'alveo di quelle sanzionabili.

Gli interventi in variazione essenziale, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico e ambientale, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali sono equiparati agli interventi eseguiti in difformità totale.

L'art. 32 del T.U. rinvia alle regioni il compito di stabilire quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato.

Il decorso del tempo non inficia la validità del potere repressivo pubblico, in quanto non soggetto a decadenza o prescrizione: la sanzione edilizia può essere adottata anche a no-

tevole distanza di tempo¹.

In generale, nel sistema sanzionatorio contemplato dal T.U. dell'edilizia, il primo atto è la diffida dell'autorità comunale volta a consentire l'eliminazione dello stato antigiusuridico, prevenendo, così, misure più profonde e definitive di repressione.

Il presupposto sarebbe, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, pur se non esclusivo, l'accertamento di un abuso edilizio, inteso come un intervento eseguito in assenza di permesso, in totale difformità dal provvedimento di assentimento come contemplato dall'art. 31 del T.U., o con variazioni essenziali al suddetto, ai sensi del successivo art. 32².

Su detti presupposti, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale provvedono ad adottare l'atto su detto. Ciò, indipendentemente da qual si voglia valutazione di conformità urbanistica dell'opera³ e, a maggior ragione, dalla sanabilità della stessa⁴. Più precisamente, non viene svolta alcuna preventiva rilevazione in merito.

Pur se, di regola, la diffida deve contenere

¹ V. CdS, VI, 19.10.1995, n. 1162, in Il Foro Amministrativo, 1995, 2286; Id., V, 11.2.1999, n. 143, ivi, 1999, 357; Id., 19.3.1999, n. 286, in Il Consiglio di Stato, 1999, I, 403.

² Ex pluribus sul punto, v. CdS, V, 26.1.2000, n. 341, in RGE, 2000, I, 430.

³ Consolidata giurisprudenza sul punto della quale si richiama qui CdS, V, 27.6.1984, n. 498, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 1984, I, 733.

⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 18.1.1999, n. 83183, in Rivista Giuridica di Polizia, 2000, 201

la descrizione specifica dell'opera da demolire, è stato ritenuto legittimo, in passato, il provvedimento in cui le opere, pur non dettagliate, erano facilmente individuabili (per relationem) sulla scorta di un confronto fra il realizzato e l'assentito⁵.

Differente è il discorso riferito alla descrizione delle opere da demolire.

Con riguardo all'art. 31 del T.U., il comune deve sempre notificare un'ingiunzione a demolire tanto al proprietario dell'immobile, quanto al responsabile dell'abuso, se differente, fornendone specifica motivazione, specie nel caso in cui molto tempo sia trascorso dall'ultimazione dei lavori⁶; deve indicare, anche, l'area che, a seguito di eventuale inottemperanza, sarebbe confiscata.

Il provvedimento (*rectius*, l'ingiunzione) di demolizione non prevede, necessariamente la sospensione dei lavori.

Né, d'altro canto, può incidere sulla legittimità del provvedimento in parola la sussistenza di un sequestro penale, il quale, diversamente, influenzerà l'*iter* di esecuzione dell'ordinanza stessa, poiché non sarà ammissibile la violazione dei sigilli per conformarsi all'ordine. Una volta rimossi legittimamente i sigilli, il provvedimento potrà finalmente spiegare pienamente i propri effetti.

La legge riconosce al destinatario dell'ordine di demolizione un termine di novanta giorni.

Ora, occorre osservare, in primo luogo, come, in dottrina⁷, si sia figurata l'eventualità che, nel termine, non sia possibile adempiere compiutamente: in tal caso, sarà ragionevolmente ritenuto sufficiente che, alla scadenza, l'opera di demolizione sia ad uno stadio finale o, quanto meno, piuttosto avanzato, anche a prova dell'*animus adimplendi* del destinatario.

In secondo luogo, più interessante nel caso che si esamina, l'assegnazione di un termine inferiore a quello di legge non incide sulla legittimità del provvedimento in quanto, sem-

plicemente, alla scadenza del termine indicato, non si produrranno gli effetti che la legge ricollega alla mancata ottemperanza. Sarà dunque impedito, al comune, di procedere oltre prima del termine di novanta giorni. L'assegnazione del termine inferiore, pertanto, si risolve in una mera violazione formale, che non incide affatto sul diritto dell'interessato ad un termine di novanta giorni per adempiere⁸.

Il co. 2 dell'art. 31 del T.U. chiama in causa, oltre al proprietario dell'immobile, se persona diversa, anche il responsabile dell'abuso. Invero, l'operazione di finzione giuridica è realizzata nei confronti del proprietario dell'immobile, a carico del quale si configura una presunzione di responsabilità; lo stesso possa liberarsi solo provando la propria estraneità al fatto illecito. In tal senso, ad esempio, la C. cost. ha letto, a suo tempo⁹, l'art. 7 della l. n. 47 del 1985, che oggi è l'art. 31 *de quo*, nel senso che, ove il proprietario dell'area sia estraneo all'abuso, la demolizione sia ad esclusivo carico e spese del responsabile. Ancor di più, il TAR della Liguria¹⁰ ha escluso che, ferma la demolizione d'ufficio, possa farsi luogo all'espropriazione dell'area a danno del proprietario, ove responsabile dell'abuso sia, in via esclusiva, l'affittuario del terreno.

Sotto detto profilo, l'ingiunzione nei confronti del proprietario si giustifica con la disponibilità che, normalmente, egli ha del bene ai fini dell'osservanza del provvedimento della pubblica amministrazione. Vi sono, però, casi in cui il proprietario non può adempiere, come, ad esempio, ove il terreno sia stato concesso in locazione a terzi: in simili eventualità, la demolizione non potrà che avvenire d'ufficio, almeno fino a quando, magari previa la risoluzione del contratto di locazione per inadempimento, il proprietario non rientri nella piena disponibilità del bene. Non si avrà, invece, in questo caso, un provvedimento ablatorio, che, studiato quale sanzione a cari-

⁵ Così CdS, V, 10.10.1983, n. 423, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 1984, I, 404.

⁶ V. CdS, IV, 3.2.1996, n. 95 in Il Consiglio di Stato, 1996, I, 130.

⁷ Si veda D'ANGELO, Diritto dell'urbanistica e dell'edilizia, Padova, 2003, 211.

⁸ Cfr. CdS, V, 3.2.2000, n. 597, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 2001, I, 15.

⁹ Si tratta della C. cost., 15.7.1991, n. 345, in Il Consiglio di Stato, 1991, II, 1276.

¹⁰ Così TAR Liguria, I, 5.3.1999, n. 110, in Il Foro Amministrativo, 2000, 163.

co del/i responsabile/i dell'abuso, si risolverebbe qui in un ingiusto pregiudizio¹¹.

Ove più siano i destinatari del provvedimento di demolizione, titolari diritti dominicali, l'ordine va impartito e notificato a ciascuno di essi, affinché possano confrontarsi e decidere di comune accordo per l'esecuzione spontanea. Ciò importa che, per l'accertamento dell'inadempimento dell'ingiunzione, dovrà attendersi la scadenza del termine assegnato nei confronti dell'ultimo, in ragione del termine di notifica, destinatario del provvedimento.

L'art. 31 del T.U. unisce il destino del proprietario dell'area a quello del responsabile dell'abuso con la congiunzione "e".

Seguendo l'interpretazione letterale della norma, sarebbe illegittima qualunque ingiunzione non emessa nei confronti di entrambi i soggetti individuati dalla norma. Questa soluzione è, però, indubbiamente, la meno agevole: invero, il proprietario dell'immobile risulta di gran lunga più pronta individuazione e "raggiungimento" rispetto al responsabile dell'abuso che, spesso, non è facilmente reperibile affatto. Ragion per cui, si potrebbe aggirare l'ostacolo leggendo come "e/o" quella congiunzione.

Problemi differenti, però, sorgerebbero se, adottando questa seconda soluzione, si dovessero conteggiare non solo i termini per l'adempimento, ma pure i termini per chiedere l'accertamento di conformità, che può essere promosso sia dal proprietario, che dal responsabile (si vedano, a tal proposito, gli artt. 31, co. 3, 33, co. 1, 34, co. 1 e 35 del T.U.). Ove in un secondo momento si pervenisse ad individuare il responsabile, infatti, sarebbe doveroso notificare anche ad esso l'ingiunzione, con la conseguenza che, sul termine ultimo per adempiere alla demolizione o per presentare la domanda di costruzione in sanatoria, sorgerebbe seria incertezza e confusione¹².

Poiché la diffida a demolire ha natura di atto di accertamento costitutivo con riguardo all'abuso edilizio, l'interessato ha l'onere di

¹¹ Cfr. CdS, Sez. V, 19.3.1984, n. 252, in Il Consiglio di Stato, 1984, I, 273.

¹² Si veda, sul punto, in dottrina, DE MARZO, L'attività edilizia nel testo unico, Milano, 2003, 362.

impugnarlo tempestivamente, non potendo poi attendere passi ulteriori della pubblica autorità per procedere. Un'impugnazione dei provvedimenti successivi volta a resistere alla dichiarazione di abusività dell'opera sarebbe inammissibile, perché inconferente, visto che l'accertamento di abusività dell'opera sarebbe diventato, nel frattempo, inoppugnabile con il decorso dei termini per impugnare l'intimazione di demolizione¹³.

Né si potrebbe ottenere lo stesso risultato avanti al giudice penale, poiché, questi, non ha altro potere di incidere su di un provvedimento amministrativo che la disapplicazione, il che non è parificabile affatto alla sua vera e propria rimozione¹⁴.

Si annota che, in genere, con l'impugnazione del provvedimento di demolizione, non si ottiene la sospensiva, perché, in effetti, nelle more dell'ordine di demolizione, non si profila alcun danno grave ed irreparabile, a meno che non si tratti di opere per le quali non sia necessario il permesso di costruire.

L'inottemperanza che non sia stata giustificata, come dal co. 3 dell'art. 31 T.U. edilizia, produce automaticamente l'acquisizione al patrimonio del comune della costruzione abusiva (insieme all'area di sedime e di quella ulteriore necessaria ai fini urbanistico-edilizi, ossia, nella misura che, in base alle disposizioni urbanistiche vigenti, sarebbe necessaria ad edificare opere analoghe a quelle realizzate abusivamente: in altre parole, più basso è l'indice di edificabilità, più ampia è l'area annessa con il provvedimento ablativo. Con il limite, in ogni caso, del decuplo della superficie utile costruita e della proprietà del trasgressore¹⁵).

La più rilevante conseguenza dell'acquisizione automatica è che non sia assolutamente concessa una demolizione tardiva, in assenza di proroga del termine¹⁶, perché interverrebbe su di un bene ormai di proprietà del

¹³ Cfr. CdS, V, 22.6.1996, n. 767, in Il Foro Amministrativo, 1996, 1926.

¹⁴ Cfr. CdS, Sez. V, 19.2.1997, n. 170, in Il Foro Amministrativo, 1997, 469.

¹⁵ Sul punto, in dottrina, cfr. DE MARZO, L'attività edilizia nel testo unico, cit., 365.

¹⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 10.12.1997, n. 4262, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 1998, I, 1037.

comune¹⁷. Secondo le Sezioni Unite della cassazione, tale inottemperanza configura un reato permanente omissivo¹⁸, ma non dell'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità previsto dall'art. 650 c.p., in quanto trattasi di provvedimento amministrativo avente finalità di riassetto urbanistico, non di giustizia od ordine pubblico¹⁹.

Dalla necessità, logica per lo stesso ordine di motivi in precedenza richiamati, di notificare il provvedimento ablatorio a tutti i titolari di diritti dominicali, deriva che, un vizio di notifica, non ripercuotendosi sulla genuinità dell'atto, riverbera, comunque, sui termini d'impugnazione, decorrenti dalla piena conoscenza dell'atto.

Neppure la mancata individuazione nel provvedimento dell'area da espropriare ne comporta la invalidità, impedendo, soltanto, l'effetto tipico della notifica dell'espropriazione, che è quello di immissione nel possesso e trascrizione nei registri immobiliari. Nulla impedisce, pertanto, che, in un secondo momento, il comune proceda ad una rettifica e alla notifica dell'area da espropriare, per consentire gli effetti appena enumerati.

Nel contesto descritto, emerge una decisione del TAR della Lombardia²⁰ che ha escluso la legittimità di un provvedimento di espropriazione che indichi erroneamente il mappale su cui insiste l'immobile, vizio che travolge l'intero provvedimento e impedisce l'acquisizione.

Poiché due sono i presupposti per l'espropriazione - mancata esecuzione dell'ordine di demolizione in termini e imputabilità dell'inadempimento²¹ -, è ovvio che, l'inosservanza dell'ordine per insistenza di un sequestro giudiziario sull'immobile non potrà addebitarsi all'intimato che, come già osservato, potrà dover adempiere dal momento

della liberazione della struttura²².

Se pure, per la maggiore giurisprudenza, l'acquisizione dell'immobile al patrimonio del comune avviene ipso iure, automaticamente alla scadenza del termine di novanta giorni in presenza di un inadempimento imputabile al trasgressore, non manca un orientamento che riconosca la necessità di un provvedimento, notificato, che estingue una situazione soggettiva nei confronti di un privato e ne costituisce una nuova in favore dell'ente comune²³.

Nessuna destinazione del bene, in ogni caso, viene decisa prima dell'espropriazione, che, ove l'abuso riguardi solo una parte di un immobile, a quella parte si circoscriverà. Il provvedimento, pertanto, non richiede l'indicazione della destinazione dell'opera.

Errato è ritenere che, l'azione amministrativa in parola, realizzi un'espropriazione senza indennizzo in contrasto con l'art. 42 cost., in quanto, in questo caso, il provvedimento ablatorio ha ratio di sanzione tanto alla prima violazione, ossia la commissione dell'abuso edilizio, quanto alla seconda, che è l'ingiustificato adempimento dell'ordine di demolizione della suddetta²⁴.

Ancora, ferma la rilevanza penale che assumerebbe l'omissione della demolizione dell'opera abusiva da parte del dirigente o del responsabile dell'ufficio competente, se l'opera pubblica non è utilizzabile a fini pubblici e contrasti con interessi urbanistici e/o ambientali, il comune dovrà ordinare la demolizione a spese del/i responsabile/i dell'abuso.

Un'inerzia eccessivamente protratta, dà modo agli organi regionali preposti di dare comunicazione all'autorità giurisdizionale per l'esercizio dell'azione penale, come previsto dall'ottavo comma dell'art. 31 del T.U..

Con la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 44 del T.U., circa i fatti di cui all'art. 31 del predetto, il giudice ordina la demolizione dell'opera abusiva ove non vi si

¹⁷ CdS, V, 26.1.2000, n. 341, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2000, I, 430.

¹⁸ Si tratta di Cass. Pen., SS.UU., 11 novembre 1994, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, II, 217.

¹⁹ V. Cass. Pen., Sez. III, 24.1.1994, in *Cassazione Penale*, 1995, 1037.

²⁰ Cfr. TAR Lombardia, Br, 9.3.1993, n. 196, in *Il Foro Amministrativo*, 1993, 1623.

²¹ V. CdSt, V, 6.12.1994, n. 1464, in *Il Foro Amministrativo*, 1994, fasc. 12.

²² In dottrina, cfr. FALCONE, MELE, *Urbanistica e appalti nella giurisprudenza*, I, Torino, 2001, 815.

²³ TAR TAA- Trento, 28.7.1997, n. 215, in *Comuni d'Italia*, 1998, 431.

²⁴ V. CdS, V., 23.1.1991, n. 66, in *Il Foro Amministrativo*, 1991, 56.

sia nel frattempo provveduto (art. 31, co. 9 T.U.). Ciò, sul presupposto dell'inerzia della PA o dell'inesecuzione del provvedimento amministrativo²⁵.

È irrilevante, sotto detto profilo, che l'interessato abbia già proposto ricorso avanti il giudice amministrativo avverso il provvedimento (sempre amministrativo) di demolizione. L'eventuale sospensione dell'ordine, solo ove sia fondato su di un vizio sostanziale dell'atto amministrativo impedisce al giudice penale di emettere comunque l'ordine di demolizione²⁶.

L'ordine del giudice penale è riesaminabile in sede esecutiva, se sia stato emesso nonostante l'esercizio del potere conferitole da parte della pubblica amministrazione. Il giudice non deve attendere neanche l'esito di un'attività di regolarizzazione dell'abuso o l'esecuzione della demolizione da parte dell'amministrazione comunale.

Se l'opera sia stata già annessa al patrimonio comunale, però, il giudice penale non potrà determinarsi senza aver appurato la destinazione che il comune intenda dare al manufatto per prevalenti interessi pubblici, o abbia già curato la demolizione.

L'ordine di demolizione dato dal giudice penale non costituisce una sanzione penale accessoria: trattasi di esercizio suppletivo dell'azione amministrativa. Pertanto, detta decisione è sempre riesaminabile, anche dopo l'irrevocabilità della sentenza con cui il giudice l'ha ordinata; non è suscettibile di amnistia o indulto²⁷; non essendo materia penale, sfugge alla regola della irretroattività della legge penale e, per questo, è irrogabile dal giudice penale anche per fatti commessi anteriormente alla riforma con cui detto potere gli è stato conferito²⁸. La revoca dell'ordine del giudice penale può intervenire solo in caso di atto amministrativo di sanatoria espresso o

²⁵ Così Cass. Pen., Sez. III, 10.3.1994, in *Giustizia Penale*, 1994, II, 760.

²⁶ Cass. Pen., Sez. III, 5.7.1994, in *Giustizia Penale*, 1994, II, 679.

²⁷ Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 30.8.1990, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1992, I, 764.

²⁸ Contra, in dottrina, v. FALCONE, POZZI, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, II, I beni, i mezzi, la giustizia, Torino, 2000, 700 e segg.

tacito²⁹.

In questo ambiente si cala la sentenza n. 2912 del 22.1.2010 della Sezione III della Corte di cassazione.

Il giudice di legittimità sancisce che, dopo che il responsabile di un abuso edilizio non ha ottemperato nei termini all'ordine amministrativo di demolizione del manufatto, il giudice che dispone il dissequestro dello stesso, lo restituisca al comune assegnatario perché, con l'inadempimento dell'intimazione di demolizione si sono verificate, ipso iure, l'estinzione di una situazione soggettiva reale in capo al privato e la costituzione di una nuova situazione soggettiva reale in capo all'ente pubblico; questo ancor prima e indipendentemente dalla notifica dell'inadempimento, utile, come visto, all'immissione nel possesso e alla trascrizione nei registri.

Al di là degli strumenti processuali e post-processuali azionati nel caso in esame dal legale della ricorrente, ciò che lascia perplessi, invero, è la lettura che la cassazione dà della sequenza sanzionatoria: appare dalla relazione sul fatto, che la polizia municipale locale ha sequestrato il manufatto il 1.6.2004, con provvedimento convalidato dal G.I.P. il 7 giugno successivo.

Quando il p.m., estintosi il reato per prescrizione, ha assegnato alla polizia municipale delle verifiche per decidere a chi dover restituire l'immobile in seguito a dissequestro, è risultato intimato l'ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi con provvedimento del 17.5.2006, notificato l'8 giugno successivo; il verbale di inottemperanza all'ordinanza nominata è del 28.10.2007. Orbene, come avrebbe potuto, il privato, demolire un immobile al quale, dalla semplice scansione delle date, non avrebbe potuto neanche accedere, senza violare la misura disposta dal magistrato penale? Non (è forse vero che) ricorre una di quelle circostanze in cui, come evidenziato, è posto un ostacolo, oggettivo (il sequestro) e/o, comunque, soggettivo (nei confronti di chiunque e, in ogni caso, del proprietario e del responsabile dell'abuso) all'adempimento spontaneo al-

²⁹ V. Cass. Pen. Sez. III, 4 febbraio 2000.

l'ordine dell'autorità? Non si dovrebbe, forse, concedere il termine di legge di novanta giorni da quando l'intimato ha la effettiva possibilità di eseguire l'ordine, ovvero dal dissequestro? Per questo, non si deve forse dire che la sanzione non era (ancora) da irrogare? Non doveva restituirsi, dunque, l'immobile all'(ancora) legittimo proprietario, anche per consentir a lui lo spontaneo conformarsi all'ordine dell'autorità, mantenendo la proprietà dell'area di sedime e quella accessoria di legge? Non aveva notato, il dirigente, o il

responsabile dell'ufficio competente, o il sindaco che, mentre decidevano di intimare la demolizione, l'immobile era (ancora) sottoposto a sequestro penale proprio in conseguenza della notizia di reato trasmessa da quegli uffici e che l'intimato non avrebbe potuto e dovuto adempiere, *res sic stantibus*? L'acquisizione della proprietà avvenuta in tal modo, infine, non configura un ingiusto profitto del comune con danno ingiusto per il proprietario, per lo meno con riferimento al terreno?

«.....GA.....»

LA COMPETENZA CONCORRENTE IN MATERIA DI ENERGIA E PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE

della Dott.ssa Elisa Lori

Con la sentenza 30.12.2009, n. 339 la C. cost. si occupa nuovamente della materia energia, settore oggi in profondo mutamento. I nodi centrali di tale cambiamento in atto, così come riconosciuti dalla stessa Corte, sono ravvisabili nel ritorno al nucleare e nell'accrescersi della diversificazione delle fonti, tradizionali e rinnovabili, anche alla luce del dibattito sulla sostenibilità ambientale. La sentenza, infatti, inserendosi in un contesto sia normativo che reale contraddistinto da una fase di attuale divenire, anticipa di poco l'approvazione del decreto legislativo¹ per la realizzazione di impianti nucleari.

Quest'ultimo, in particolare, rappresenta l'ultimo atto del Governo adottato sulla base della strategia energetica nazionale, istituita e definita proprio in base all'atto normativo esaminato dalla Corte.

Il giudizio in esame ha ad oggetto, infatti, il d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito in l. 6.8.2008, n. 113. Sottoposti al vaglio di legittimità costituzionale sono l'art. 7, in materia di strategia energetica nazionale, l'art. 8, co. 3, riguardante le procedure di gara per la concessione di giacimenti marginali di idrocarburi, e, infine, l'art. 10, che si sofferma sui criteri prioritari per l'ammissione al finanziamento di progetti inerenti lo sviluppo infrastrutturale nel settore energetico e delle telecomunicazioni.

La decisione, inoltre, pur riguardando tre profili differenti, corrispondenti ai tre diversi articoli della l. n. 113 impugnati, appare sempre riconducibile agli stessi parametri costituzionali, coincidenti con l'art. 117, co. 3, che individua la materia dell'energia tra quelle a competenza legislativa concorrente tra Stato e regioni, e con il principio di leale collaborazione.

Prima di procedere alla lettura di quanto deciso dalla Corte, è opportuno fare qualche breve considerazione sui due punti individuati

¹ d. lgs 15.2.2010, n. 3.

dai parametri, per meglio comprendere le motivazioni espresse nel giudizio.

Sul primo punto, relativo alla materia energia, la Corte ribadisce il proprio orientamento a collocare la materia in questione fra quelle a competenza concorrente della regione, a fronte degli argomenti e delle ipotesi avanzate dalla difesa di ricondurre il caso a materie di competenza esclusiva statale, quali "politica estera", "rapporti internazionali dello Stato", "impiego delle risorse finanziarie dello Stato", "tutela dell'ambiente", "determinazione dei livelli essenziali di tutela sanitaria" e "tutela dell'unità economica", nell'ottica di individuare un momento di pianificazione centrale antecedente e separato dalla "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia". Sulla questione la Corte, senza entrare nel merito di ciascuna singola materia², nega che possa distinguersi una nozione di politica energetica statale dalla competenza concorrente Stato/regioni. L'unica definizione possibile della materia di riferimento, infatti, riunisce, come già indicato anche in precedenti pronunce³, la nozione di "settore energetico" con la nozione di "politica energetica nazionale". I termini fanno riferimento a leggi fondamentali per il settore: nel primo caso si tratta della legge di

² Con la sentenza 13.01.2004, n. 6 la C. cost., in situazione simile a quella in esame, si trova, per la prima volta dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, ad affrontare il problema della materia energia. In questo caso, la Corte entra nel merito di ciascuna ipotesi di attribuzione a materie diverse a competenza esclusiva statale, negando la possibilità di riferirsi a "ordine pubblico e sicurezza", "livelli essenziali delle prestazioni" e "tutela della concorrenza". Tali materie, come anche alcune di quelle ipotizzate nella sentenza in commento, vengono ritenute "trasversali", ovvero idonee ad incidere sulle altre materie di riferimento delle questioni. Pertanto, la materia utilizzabile viene individuata unicamente nella "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" (cfr. FLORENZANO D., MANICA S., *Il governo dell'energia tra Stato e regioni*, Trento, 2009, pag. 22).

³ Cfr. C.cost. 14.10.2005, n. 383.

riordino del 2004⁴, dove vengono individuate puntualmente tutte le attività rientranti nel “settore energetico” ed i relativi obiettivi, con l’attribuzione di compiti ai diversi livelli istituzionali; la nozione di “politica energetica nazionale”, invece, è definita in un atto normativo antecedente e propedeutico alla riforma costituzionale⁵, dove è previsto che le linee fondamentali vengano decise a livello statale, per consentire una successiva programmazione diversificata a livello regionale.

L’altro principio di riferimento, come sopra accennato, è quello della leale collaborazione. Si tratta di un principio che ha visto rivalutare il proprio ruolo a seguito della riforma del 2001. La nuova formulazione dell’art. 117, infatti, ha introdotto un riparto di competenze rigido tra Stato e regioni, determinando difficoltà applicative legate alle notevoli interferenze tra le materie. In assenza di una disciplina costituzionale dei raccordi tra attribuzioni dei vari livelli di governo⁶, la giurisprudenza costituzionale ha progressivamente affiancato all’interpretazione letterale del dettato un’interpretazione estensiva bastata su tale principio, intervenendo in caso di sovrapposizione dovuta ad un collegamento indissolubile tra le materie e quindi tra le competenze⁷.

Tra i vari strumenti che realizzano la leale collaborazione, l’intesa è quello che massimamente la rappresenta. L’istituto è definito dalla Corte stessa⁸ come “un paradigma di concertazione, di coordinamento e di leale cooperazione e quindi uno strumento per l’esercizio in forma collaborativa del potere, con lo scopo di conciliare gli interessi di cui sono portatori Stato e regioni, a fronte delle interferenze tra le diverse funzioni loro asse-

gnate”. Sebbene la nozione di “intesa” non abbia sempre un significato univoco, risultando talvolta le relative caratteristiche anche non ben definite, è comunque possibile rinvenirne nelle soluzioni individuate dalla Corte due principali tipologie. La prima, quella dell’intesa cosiddetta “forte”, si risolve in un accordo tra le due istituzioni, il cui mancato raggiungimento preclude l’ulteriore corso dell’attività statale⁹. In tal caso, qualora lo Stato decida unilateralmente di proseguire, la regione potrà impugnare il relativo atto¹⁰. Si tratta, infatti, di una “paritaria codeterminazione del contenuto dell’atto sottoposto ad intesa”¹¹ dove nessuna delle parti intervenute può prevalere sull’altra. La seconda, invece, è l’intesa in senso “debole”, identificata per lo più in un parere favorevole espresso dalla regione. In tal caso, la mancanza del consenso non determina l’arresto del procedimento, ma soltanto il relativo superamento, previa motivazione della decisione divergente da parte dello Stato¹².

Fatta questa dovuta premessa, si può tornare al testo della sentenza in esame e verificare come i principi descritti vengano costantemente richiamati ed utilizzati dalla Corte.

Come accennato in precedenza, nonostante la materia ed i parametri costituzionali siano sempre gli stessi, il giudizio affronta in realtà tre tematiche diverse.

La prima, quella contenuta nell’art. 7 della norma censurata, riguarda l’elaborazione della Strategia Energetica Nazionale da parte del Governo, a partire da una proposta definita dal ministero dello sviluppo economico in base agli indirizzi dati dalla Conferenza nazionale dell’energia e dell’ambiente.

A parere delle regioni ricorrenti, la disposizione sarebbe illegittima in quanto mancherebbe una previa intesa con la Conferenza Stato-regioni o con la Conferenza Unificata,

⁴ L. 23.8.2004, n. 239.

⁵ d. lgs. 31.3.1998, n. 112, che, come noto, rientra nel complesso normativo delle leggi “Bassanini”, che hanno gettato le basi per la riforma costituzionale del 2001.

⁶ Cfr. F. MERLONI, *La leale collaborazione nella repubblica delle autonomie*, Diritto Pubblico, n. 3/2002, pag. 845.

⁷ Cfr. R. BIFULCO, *Principio di leale collaborazione*, in Cassese S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pag. 3357.

⁸ Cfr. C. cost. 15.10.2003, n.312 e idem 7.11.2003, n. 334.

⁹ Cfr. C.cost., 13.1.2004, n. 6.

¹⁰ Cfr. S. AGOSTA, *Dall’intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, www.federalismi.it, n. 6/2004, pag. 9.

¹¹ Cfr. C.cost. 21.7.1995, n. 351, 30.6.1988, n. 747, 25.2.1990, n.220, 16.7.1991, n. 351 e 21.6.1996, n. 207.

¹² Cfr. R. BIFULCO, *op. cit.*, pag. 3360.

oltre che con le singole regioni interessate. Non si ritiene, infatti, sufficiente l'intervento della conferenza individuata dal legislatore, in quanto, non essendo indicata la relativa composizione e non essendo esplicitato il coinvolgimento delle regioni, sarebbe dubbia la garanzia della tutela degli interessi regionali in gioco. Non viene contestata, quindi, la competenza statale a definire le priorità per il settore e le misure in relazione agli obiettivi, ma il mancato rispetto della leale collaborazione in un ambito di potestà concorrente, dove le regioni avrebbero l'importante ruolo di emanare le disposizioni attuative della Strategia.

Nel ribadire, dunque, come vengano ripartiti i compiti nel caso di concorrenza di potestà legislativa, la Corte afferma l'infondatezza della questione, ritenendo che il coinvolgimento delle regioni nella Conferenza nazionale dell'energia e dell'ambiente possa rispondere a pieno alle esigenze di partecipazione, pur senza vincolare l'attività di indirizzo del Governo.

La decisione della Corte risulta pienamente comprensibile, anche perché, alla luce di quanto contenuto negli approfondimenti del Servizio studi della Camera dei deputati¹³, la sede collegiale individuata dal legislatore corrisponde alla Conferenza nazionale energia e ambiente, che avrebbe dovuto tenersi in terza seduta nel 2006¹⁴. La composizione di tale Conferenza è nota e prevede la partecipazione, oltre che dell'amministrazione centrale, anche delle amministrazioni regionali¹⁵, consentendo, dunque, un'adeguata rappresentazione alla definizione collaborativa della proposta di Strategia.

In definitiva, la Corte, al fine di ponderare

¹³ Cfr. Camera dei deputati, Servizio studi, *d.l. 25 giugno 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 legge 6 agosto 2008, n.133 – Schede di lettura (articoli 1-63-bis) – Parte I*, www.camera.it, 2008.

¹⁴ Nel corso del 2006 si sarebbe dovuta tenere la terza Conferenza nazionale energia e ambiente, successivamente rinviata in data da definirsi. La Conferenza avrebbe avuto l'obiettivo di definire le priorità e le linee guida della politica energetica nazionale.

¹⁵ Cfr. D.M. ministero delle attività produttive 21.12.2005.

interessi locali con esigenze di tipo unitario, continua a ritenere l'intesa "forte" lo strumento idoneo all'esplicarsi della leale collaborazione. La proposta da sottoporre al governo, infatti, dovrà scaturire necessariamente dall'accordo trovato in sede di conferenza con la partecipazione delle amministrazioni previste.

La seconda tematica affrontata è quella inerente l'art. 8. La disposizione stabilisce che, a seguito della formazione e pubblicazione di un elenco dei giacimenti marginali di idrocarburi, questi vengano attribuiti in concessione mediante gara, le cui modalità devono essere definite dal ministero dello sviluppo economico. La norma viene, dunque, impugnata poiché, in ordine ancora una volta al principio di leale collaborazione, non sono previste né un'intesa con la conferenza Stato-regioni sul decreto ministeriale regolativo delle modalità di gara, né un'intesa con la regione interessata per l'atto di concessione del giacimento.

Per quanto riguarda quest'ultima censura, la Corte si esprime affermando l'infondatezza della questione. La disposizione impugnata, infatti, non esclude affatto la partecipazione della regione interessata. In specifica attuazione, poi, giunge il d.m. 30.6.2009 che prevede espressamente che la concessione sia attribuita con decreto ministeriale a seguito di intesa con la regione. Tale atto normativo, sebbene di grado secondario, non va a modificare quanto contenuto nella disposizione impugnata, come sostenuto invece dalla parte ricorrente, ma si inserisce su di essa, specificandola ulteriormente e precisando che, per quanto riguarda la concessione, la disposizione di riferimento è data dalla l. 23.8.2004, n. 239¹⁶. Quest'ultima, come anche già rilevato in passato dalla stessa Corte¹⁷, prevede la partecipazione della regione ad un procedimento unico condiviso con altre amministrazioni statali e locali interessate, in osservanza dei principi in tema di semplificazione ammini-

¹⁶ Cfr. in particolare art. 1, co. 7, lett. n), e co. 78, della L. 23.8.2004, n. 239. L'espressa partecipazione della regione è ribadita anche nelle successive modifiche apportate dall'art. 27, co.34, della L. 23.7.2009, n. 99.

¹⁷ Cfr. C. cost. 14.10.2005, n. 383.

strativa¹⁸. In particolare, il richiamo espresso alla legge in materia, suggerisce la possibilità di utilizzare lo strumento della conferenza di servizi come meccanismo di leale collaborazione tra amministrazioni diverse. Alla presenza di vari interessi pubblici da esaminare contestualmente nell'ambito dello stesso procedimento amministrativo, infatti, la conferenza è espressamente prevista e può essere utilizzata anche per l'acquisizione delle intese.

Sempre con riguardo all'art. 8, la questione relativa alla mancata partecipazione regionale al decreto ministeriale regolativo delle procedure di gara per la concessione di giacimenti marginali di idrocarburi è parzialmente accolta da parte della Corte. L'ambito delle procedure competitive ad evidenza pubblica, infatti, è riconosciuto a cavallo tra la materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", con ovvio riferimento al settore produttivo, di competenza concorrente Stato/regioni, e la materia "trasversale"¹⁹ della "tutela della concorrenza", esclusiva statale. E' ritenuto del tutto corretto, quindi, che la regolamentazione inerente la procedura di gara venga emanata dal ministero dello sviluppo, in ordine alla competenza statale, pur tuttavia ammettendo la necessità di coinvolgere nella sua formazione le regioni, direttamente chiamate ad attuarla in via amministrativa. Nonostante il pieno riconoscimento della lesione del principio di leale collaborazione, confermando un orientamento già affermato in situazioni simili²⁰, la Corte rimette al legislatore la scelta dello specifico strumento di cooperazione, in particolare per la parte relativa alla competenza regionale legislativa e amministrativa in materia.

Una simile decisione comporta, a parere di chi scrive, degli elementi positivi e altri negativi: da un lato, infatti, il giudice costituziona-

le giustamente evita di stabilire le modalità e quindi i pesi per il contemperamento degli interessi di Stato e regioni, che ha il suo ambito naturale nella dimensione politica, piuttosto che in quella giurisprudenziale²¹; dall'altro, in assenza di specifiche indicazioni, vi è il rischio che il legislatore si orienti verso strumenti "deboli" che consentano un facile superamento dell'eventuale dissenso delle amministrazioni regionali, tanto più che non viene accolto dalla Corte il suggerimento di coinvolgere la Conferenza Stato-regioni, ritenuta luogo privilegiato della collaborazione.

In ultima analisi, sono prese in esame dalla Corte le censure inerenti l'art. 10, operante in materia di promozione di interventi infrastrutturali strategici nei settori dell'energia e delle telecomunicazioni. La disposizione prevede l'aggiunta²² di un ulteriore criterio prioritario, rispetto a quelli già individuati, per l'accesso al "Fondo rotativo per il sostegno alle imprese e gli investimenti in ricerca" per la concessione di finanziamenti agevolati: la preferenza è data alle infrastrutture realizzate in questi settori sulla base di programmi predisposti dal ministero dello sviluppo economico.

A tal proposito le ricorrenti rilevano ancora la lesione del principio di leale collaborazione poiché, risultando l'argomento collocabile fra le materie dell'energia, del "governo del territorio" e dell'"ordinamento della comunicazione", tutte con competenza legislativa concorrente, non è prevista l'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni sui programmi del ministero.

In ordine a tale censura, la Corte, con una serie di passaggi logici meritevoli di analisi, motiva l'accoglimento del ricorso: vengono poste a fondamento delle argomentazioni al-

¹⁸ Cfr. L. 7.8.1990, n. 241.

¹⁹ Vedi nota n. 2.

²⁰ Cfr. C. cost. 18.1.2008, n. 1. In questo caso la Corte è chiamata a giudicare la legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 483 della l. 23.12.2005, n. 266, che prevede l'emanazione di un decreto ministeriale per la decisione di vari aspetti specifici inerenti la procedura di gara per l'attribuzione di concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico.

²¹ L'assenza di un "luogo" in cui gli interessi dei vari livelli di governo possano confrontarsi sul piano politico, per scaturire nel prodotto legislativo, ha spesso comportato lo spostamento della decisione in ambito giurisprudenziale (cfr. Bifulco R., *op. cit.*, pag. 3363). In assenza di momenti di raccordo costituzionalmente previsti, è ben percepibile il vuoto della mancata introduzione della Camera delle Regioni (cfr. F. MERLONI., *op. cit.*, pag. 850).

²² Aggiunta della lettera c-ter all'art. 1, co. 355, della l. 30.12.2004, n. 311 (legge finanziaria 2005).

cune precedenti pronunce²³ dalle quali si evince che il giudice costituzionale si pone in continuità rispetto ad un orientamento che va consolidandosi in materia di leale collaborazione. Il ragionamento parte dalla considerazione che, unitamente alle competenze concorrenti individuate, con riguardo al Fondo rotativo sono presenti interessi afferenti a competenze statali esclusive, come quella in materia di sviluppo economico e concorrenzialità delle imprese. Non riuscendo a stabilire una prevalenza nell'ambito di questo concorso di competenze, la Corte sottolinea la necessità di utilizzare meccanismi di leale collaborazione, scegliendo, in particolare, lo strumento "debole" del parere della Conferenza Stato-regioni sui programmi ministeriali.

Con una simile decisione, la Corte, pur af-

²³ Cfr. C. cost. 14.3.2008, n. 63, 27.7.2005, n. 336 e 23.5.2008, n. 168.

fermando di non poter compiere una valutazione della prevalenza delle competenze, effettua una valutazione degli interessi in gioco e, implicitamente ritenendo quelli afferenti alla sfera statale prevalenti, seppur di poco, su quelli regionali, dispone per il parere, facilmente disattendibile in caso di disaccordo.

In conclusione si può affermare che la sentenza in commento esprime in tutta la sua forza il consolidato orientamento giurisprudenziale di favore verso l'utilizzo del principio di leale collaborazione. Esso appare ormai ampiamente metabolizzato e stabilmente collocato nell'ordinamento attraverso lo strumento privilegiato delle intese che, in tutte le loro forme, operano laddove il rigido riparto delle competenze genera interferenze irrisolvibili, in mancanza di espresse previsioni costituzionali di raccordo tra competenze afferenti a livelli di governo diversi.

«.....GA.....»

SULL'INSTALLAZIONE DEGLI IMPIANTI FOTOVOLTAICI: IL D. LGS. 387/2003

dell'Avv. Eneide Grattacaso

Breve disamina sui recenti interventi giurisprudenziali della Corte costituzionale e della giurisprudenza amministrativa sull'installazione degli impianti fotovoltaici

In Italia gli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile sono in forte espansione: a produrre la quota maggiore di energia da fonte rinnovabile, specie solare, sono i comuni del nord Italia, tuttavia, mentre nel nord sono maggiormente diffusi gli impianti per la produzione di energia solare, è nel sud del Paese che si registra la maggior incidenza nella produzione di energia solare italiana, col primato della Puglia, seguita da Lombardia, Trentino Alto Adige ed Emilia Romagna. Dai dati su riportati emerge chiaramente che la fonte rinnovabile maggiormente diffusa è il fotovoltaico, mentre meno diffusi sono gli impianti eolici, mini-idroelettrici e geotermici. La disciplina legislativa in materia è contenuta nel d. lgs. n. 387 del 29.12.2003, emanato in attuazione della dir. 2001/77/CE del 27.9.2001, relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

Il d. lgs. 387/2003 ha la finalità dichiarata di promuovere non solo la diffusione delle fonti di energia alternative ricavate da elementi non fossili e, quindi, rinnovabili, - in particolare le energie eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, maremotrice, idraulica, delle biomasse, dei gas di discarica e del biogas -, ma altresì quella di regolarne i livelli di produzione, l'incentivazione e la definizione degli obiettivi nazionali per promuoverne l'aumento del consumo, nonché le procedure autorizzative per la realizzazione degli impianti e per la partecipazione al mercato elettrico. Per quanto concerne, più specificamente, gli impianti fotovoltaici, all'art. 7 il suddetto decreto delega alla potestà legislativa statale il compito di fissare i criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonte solare.

In particolare, tali criteri dovranno stabili-

re, tra gli altri:

- i requisiti dei soggetti ammessi a beneficiare dell'incentivazione;
- i requisiti tecnici minimi dei componenti e degli impianti;
- le modalità per la determinazione dell'entità dell'incentivazione e per la sua cumulabilità con altri incentivi, prevedendo per l'energia fotovoltaica una specifica tariffa incentivante, di importo decrescente e di durata tale da garantire una equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio dell'impianto. In tema di energia fotovoltaica, v'è da ricordare che, già anteriormente alla direttiva comunitaria del settembre 2001, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con deliberazione del 6.12.2000 n. 224, aveva provveduto a liberalizzare la produzione di energia elettrica dei piccoli impianti fotovoltaici, stabilendo le condizioni contrattuali di scambio, con il distributore di elettricità (Enel o qualsiasi altra municipalizzata), dell'energia che chiunque poteva produrre con impianti fotovoltaici fino a 20 KW di potenza, mediante una semplice integrazione al contratto di fornitura già sottoscritto.

Successivamente, la deliberazione n. 28 del 2006, abrogando la precedente, ha provveduto ad aggiornare le condizioni della disciplina dello scambio sul posto di energia, estendendola a tutti gli impianti alimentati da fonte rinnovabile di potenza fino a 20 KW ed ai clienti del libero mercato.

Per quanto concerne più specificamente il profilo giuridico, in questa sede è opportuno soffermare brevemente l'attenzione sulle procedure autorizzative prescritte dalla legge per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ivi compresi gli impianti fotovoltaici.

A tal proposito, l'art. 12 del d. lgs. 387/2003 stabilisce che la costruzione e la ge-

stione degli impianti, nonché le opere e le infrastrutture connesse, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione nel rispetto delle norme vigenti in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, a conclusione di un procedimento al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate, nel rispetto del principio di semplificazione amministrativa ¹.

Il termine massimo per la conclusione del suddetto procedimento non può superare i 180 giorni. Inoltre, al co. 4, il medesimo articolo afferma che il rilascio dell'autorizzazione, oltre a costituire titolo a costruire e gestire l'impianto, deve contenere, altresì, l'obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a seguito della dismissione dell'impianto, a carico del soggetto esercente l'impianto stesso: a tal proposito la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto legittima la previsione di una fideiussione posta a garanzia della rimozione di un impianto fotovoltaico in caso di cessazione dell'attività, qualificandola non come previsione impositiva *ex lege*, bensì come obbligazione cautelativa prevista dal comune per tutelarsi dinanzi ad eventuali inadempimenti del privato ².

Per quanto, invece, attiene allo svolgimento del procedimento autorizzativo e alla individuazione dei siti in cui collocare gli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'art. 12, co.10, delega alla Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e del Ministro per i beni e le attività culturali, l'approvazione delle linee guida, cui le regioni dovranno poi attenersi per individuare aree e siti non idonei alla installazione di talune tipologie di impianti.

Su tale ultimo aspetto è recentemente intervenuta una pronuncia di illegittimità costituzionale della legge della regione Puglia del 21.10.2008, n. 31: la C. cost. con sentenza 26.3.2010 n. 119 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, coo.1, 2 e 3 *“nella parte in cui vietano la realizzazione di impianti fotovoltaici in determinate parti del territorio regionale, precisamente nelle zone*

agricole considerate di particolare pregio (anche individuate dal comune con delibera consiliare), nei siti della Rete Natura 2000 (siti di importanza comunitaria e zone di protezione speciale), nelle aree protette nazionali e in quelle regionali (...), atteso che l'assenza delle linee guida nazionali non consente alle regioni di provvedere autonomamente alla individuazione di criteri per il corretto inserimento degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa”.

La C. cost. ha ulteriormente rilevato che l'autonomia delle regioni in materia di fonti di energia alternativa trova il proprio limite nello stesso d. lgs. 387/2003, il cui art. 12 si conferma principio fondamentale al quale le regioni debbono ispirare il loro intervento normativo nel settore energetico.

Le censure di illegittimità sono state ribadite anche con riguardo alla legge della regione Calabria dell'11.11.2008 n. 38.

Più precisamente la Corte rileva l'illegittimità della legge regionale calabrese, in relazione all'art. 117 cost., nella parte in cui fissa un periodo sospensivo per il rilascio di nuove autorizzazioni che, di fatto, supera quello di 180 giorni previsto dall'art. 12 del d. lgs. 387/2003, che costituisce principio fondamentale della materia, *“in quanto tale disposizione risulta ispirata a semplificazione amministrativa e della celerità, garantendo, in modo uniforme sul territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo”*.

Ma la su richiamata legge regionale si palesa illegittima anche sotto un ulteriore profilo: invero, il legislatore statale, con il d. lgs. 387/2003, affida alla potestà legislativa centrale (vedi tabella A allegata al medesimo decreto legislativo) il compito di stabilire le soglie di capacità di generazione di energia degli impianti al fine di discriminare gli impianti il cui esercizio è soggetto ad autorizzazione unica da quelli per i quali, a causa della loro ridotta produzione energetica, è sufficiente la D.I.A.. Nel caso della legge regionale calabrese, invece, il legislatore era pervenuto in via autonoma alla individuazione delle suddette soglie, in palese violazione dell'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003, che prevede l'attuazione di un *“procedimento coinvolgente lo*

¹ cfr. sul punto, CdS, V, 11.12.2007, n. 6388; TAR Veneto, II, 6.4.2006, n. 874.

² TAR Puglia, Le,I, 29.1.2009, n. 118

Stato e le regioni, in applicazione del principio di leale collaborazione, il quale impedisce ogni autonomo intervento legislativo regionale". Ma, in via generale, la potestà legislativa regionale subisce una ulteriore limitazione in virtù del co. 6 dell'art. 12 del d. lgs. 387/2003, il quale dispone: *"l'autorizzazione (all'installazione dell'impianto) non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione a favore delle regioni e delle province"*. A tal proposito è bene precisare che il fenomeno delle misure di compensazione attiene alla necessità di effettuare interventi tecnici migliorativi dell'ambiente preesistente in grado di compensare gli impatti residui degli impianti sul territorio, non mitigabili in sede di progettazione tecnica.

Tali interventi dovrebbero tradursi nella realizzazione di progetti ambientali finalizzati al recupero di elementi di naturalità, con effetti benefici sull'ambiente interessato dall'installazione dell'impianto energetico, ma, nella pratica invalsa tra gli enti locali, si sono rivelati uno strumento per consentire, specialmente ai comuni, di convertire le misure compensative o in equivalente monetario, sottoforma di *'tassa'* che le imprese devono versare ai comuni in cambio del permesso di costruire impianti da fonti rinnovabili, oppure sottoforma di mega watt di energia ceduta gratuitamente o a prezzi ridotti.

Il CdS, tuttavia, con un parere dell'ottobre 2008 (Sez. III, 14.10.2008 n. 2849), ha statuito l'illegittimità della prassi, stabilendo che i comuni non potranno più usufruire di questi benefici economici se non al ricorrere di determinati presupposti. Tali presupposti sono individuati nella 1.23.8.2004 n. 239, che, all'art. 1, lett. f), stabilisce: *"lo Stato e le regioni (...) garantiscono: (...) l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impac-*

to territoriale".

Il problema delle misure compensative nel settore fotovoltaico è stato affrontato anche dalla recente giurisprudenza amministrativa: il TAR Puglia, Le, I, 29.1.2009, n. 118, ha, infatti, statuito che: *"è illegittimo l'atto del comune che subordina la realizzazione di un impianto fotovoltaico di modesta potenza ad una compensazione ambientale: tale possibilità è esclusa, per le regioni e le province, dall'art. 12 co. 6 del d. lgs. 387/2003 e per i comuni va esclusa perché spetta allo Stato e alle regioni garantire l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, per cui le misure compensative spettano allo Stato o alle regioni, sono eventuali e correlate alla circostanza che esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale"*.

Dunque, non dà luogo a misura compensativa in modo automatico la semplice circostanza che venga realizzato un impianto fotovoltaico, a prescindere da ogni considerazione sulle sue caratteristiche e dimensioni e dal suo impatto sull'ambiente; e, comunque, l'applicazione di eventuali misure rientra nella competenza dello Stato o della regione e non può essere unilateralmente stabilita da un singolo comune.

In conclusione, l'assetto costituzionale dei poteri tra enti locali appare alquanto impreciso e frammentato, specie a carico dei comuni, i quali conservano, tuttavia, il potere di supervisione sul procedimento e di indicazione dei documenti necessari per l'esame dell'istanza avanzata dal privato. Tale disomogeneità, oltre ad aver giustificato per ben due volte l'intervento *'chiarificatore'* della C. cost., rendendo auspicabile un intervento riformatore della materia, finisce con il produrre un consistente rallentamento della costruzione degli impianti di energia da fonti rinnovabili, quanto mai deleterio se solo si consideri l'impellente necessità, per la società odierna, di tutelare l'ambiente favorendo il progresso e la diffusione delle *"energie pulite"*.

D.I.A. E FONTI RINNOVABILI AVANTI AL GIUDICE COSTITUZIONALE

della Prof.ssa Elisa Scotti

La sentenza della C. cost. 17.3.2010, n. 119 ha ridimensionato l'ambito di operatività della D.I.A. per la realizzazione di impianti rivolti alla produzione di energie rinnovabili che la l. r. Puglia n. 38/2008 aveva ampliato rispetto alle previsioni della legge statale (d. lgs. n. 387/2003). Molte sono le implicazioni problematiche di tale sentenza sui procedimenti amministrativi, acuite dalle molte incertezze circa la natura giuridica della D.I.A. e circa il suo regime giuridico

1. Premessa.

La C. cost. con sentenza 17.3.2010, n. 119, ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme della l. r. Puglia 21.10.2008, n. 31 (*Norme in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili e per la riduzione di emissioni inquinanti e in materia ambientale*) tra cui, in particolare, l'art. 3, nella parte in cui consente, per l'insediamento di alcune tipologie di impianti rivolti alla produzione di energia da fonti rinnovabili - ma in un ambito più vasto di quanto previsto dal legislatore statale - il ricorso alla D.I.A. di cui agli artt. 22 e 23, d.P.R. n. 380/2001 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia).

Al riguardo occorre ricordare che la disciplina statale di riferimento (posta dal d. lgs. n. 387 del 2003, attuazione della dir. 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità) sottopone la costruzione e l'esercizio degli impianti da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse, ad un procedimento autorizzatorio esplicito (la cd. autorizzazione unica) e consente il ricorso alla D.I.A. solo in relazione ad impianti con una capacità di generazione inferiore a determinate soglie (indicate dalla tabella A, allegata al medesimo d. lgs.). A fronte di tale norma statale l'art. 3 l. r. Puglia n. 31/2008 ha esteso la D.I.A. anche a taluni impianti - fotovoltaici, eolici, idraulici, a biomassa e a gas - aventi una potenza elettrica nominale superiore alle soglie previste e fino a 1 MWe.

In questo quadro la Corte nel dichiarare l'incostituzionalità della previsione regionale ha ricondotto la definizione delle ipotesi di

applicabilità della procedura semplificata di D.I.A. in alternativa all'autorizzazione unica, all'esercizio della «*legislazione di principio dello Stato in materia di "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", per via della chiamata in sussidiarietà dello Stato, per esigenze di uniformità, di funzioni amministrative relative ai problemi energetici di livello nazionale... ciò anche riguardo alla valutazione dell'entità delle trasformazioni che l'installazione dell'impianto determina*». Pertanto, ad avviso della Corte, un ambito più ampio di quello definito dalla tabella A cit. potrebbe essere definito «*solo con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza unificata, senza che la regione possa provvedervi autonomamente*».

Molte sono le implicazioni problematiche della sentenza. Si segnaleranno qui, ad una prima lettura, quelle relative alle conseguenze sui procedimenti amministrativi; sia su quelli in corso, destinati evidentemente ad arrestarsi; sia su quelli «*conclusi*» con il «*perfezionamento*» della D.I.A..

Si esamineranno poi le ricadute della sentenza sui poteri (-doveri) dell'amministrazione sulle D.I.A. e sulle connesse attività realizzative degli impianti; nonché sugli strumenti a disposizione dei terzi per far valere la sopravvenuta illegalità della D.I.A..

A tal fine è importante segnalare sin d'ora come, la naturale problematicità della pronuncia della Corte derivante dal suo incidere su procedimenti amministrativi e su rapporti a vario titolo fondati sulla norma venuta meno, è acuita, nel caso di specie, dalla sussistenza

in seno alla giurisprudenza amministrativa di orientamenti contrastanti in merito alla natura e al regime giuridico della D.I.A.¹.

E' noto che le prime letture abbiano ascritto la D.I.A. prevalentemente alla cd. liberalizzazione e cioè al superamento del regime provvedimentale in favore di una legittimazione *ex lege*; non vi sarebbe cioè, nella D.I.A., un esplicito o implicito atto di assenso da parte dell'amministrazione né un altro titolo amministrativo di legittimazione dell'attività, ma un diverso assetto: il fondamento della possibilità di svolgere l'attività risiederebbe direttamente nella legge, nel quadro di un regime amministrativo di successivi controlli stimolati dalla presentazione della D.I.A.².

E' altresì noto che, in relazione a discipline speciali prima e riguardo poi in generale all'art. 19 l. n. 241/90 come riscritto dal d.l. n. 35 del 2005 conv. con modif. con l. n. 80/2005, sia venuto maturando un diverso orientamento e si sia rinvenuto nella D.I.A. un vero e proprio titolo da equipararsi, secondo i più recenti orientamenti, al silenzio-assenso³.

Per quanto nutrito e condiviso da larga

parte della giurisprudenza di primo grado e del CdS, tale orientamento non può tuttavia dirsi né pacifico né prevalente.

Alcune recenti pronunce del CdS si riportano infatti nuovamente all'idea, che appare più coerente con la realtà effettiva dell'istituto⁴, della liberalizzazione e della legittimazione *ex lege*⁵.

Ad oggi resta dunque aperta la questione della natura giuridica della D.I.A. e con essa tutte le connesse questioni applicative relative al suo regime giuridico, quali la sua valenza o meno di titolo legittimante o la sua esclusiva valenza di atto privato di autoresponsabilità, la possibilità di qualificarla in termini di validità-invalidità e le regole di tale sua invalidità, i poteri dell'amministrazione prima e dopo la decorrenza dei termini per il controllo, gli strumenti di tutela a disposizione non solo dei terzi ma anche dello stesso denunciante.

Sono queste le incerte coordinate con cui deve misurarsi la definizione degli effetti della pronuncia della C. cost. in esame. Tale sentenza sollecita, innanzitutto, l'individuazione di problemi e di chiavi di lettura; le risposte a tali problemi, in un contesto sistematico così controverso, paiono invece dover essere ancorate alle specificità dei singoli casi concreti piuttosto che al richiamo, in funzione prescrittiva, di categorie dogmatiche, come sembra confermare un certo approccio pragmatico e sostanzialista assunto dalla giurisprudenza in questi ambiti, a fronte dei molteplici dubbi teorici e interpretativi⁶.

2. L'efficacia della sentenza della C. cost. - La D.I.A. e la nozione di "rapporto esaurito"

⁴ In tal senso sono le indicazioni della più autorevole dottrina; per tutti ALB. ROMANO, *sub art.26 T.U. Cons.Stato*, in *Commentario alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2009; A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enc. giur., Annali*, 2008, p. 353.
⁵ CdS, VI,15.4.2010 n. 2139; CdS, VI, 9.2.2009, n. 717.

⁶ V. ad es. la presa di posizione di CdS,VI, n. 1093/2005 in punto di tutela dei terzi, secondo cui "al di là di inutili formalismi (da evitare anche per le diverse tesi sostenute sulla natura e sugli effetti della denuncia di inizio dei lavori)" è sufficiente che sia "compiutamente determinato l'oggetto del giudizio, consentendo alle controparti la più piena difesa in giudizio".

¹ Per un recente quadro dei diversi orientamenti sia consentito rinviare a E. SCOTTI, *La d.i.a. tra poteri dell'amministrazione e tutela dei terzi*, in questa *Rivista*, 2009, n.2, p. 20 ss.

² ALB. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo* in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 289; A. DE ROBERTO, *Silenzio- assenso e legittimazione ex lege nella legge Nicolazzi*, in *Dir e soc.*, 1983, p. 163; A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione "ex lege" nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n.300*, in *F. amm.*, 1993, II, 601; P. CHITI, *Atti di consenso*, in *D. amm.*, 1996, 197; G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tramezzo, 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, p. 162; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537*, in *D. proc. amm.*, 1994, 23; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art.19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001.

³ CdS, VI, 1550/07; IV, 1409/07; IV, 4828/07; VI, 5811/08.

La sentenza della Corte n. 119/2010 nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 3 della l. r. n. 31/2008 ne ha determinato la retroattiva caducazione.

Ciò comporta che, per gli impianti rientranti nell'ambito di applicazione di tale norma e nei limiti del superamento delle soglie poste dal d. lgs. n. 387/2003, è retroattivamente venuto meno il regime della D.I.A., ripristinandosi il regime dell'autorizzazione unica previsto dal d. lgs. n. 387/2003.

In questo quadro è considerata la disputata natura giuridica della D.I.A., definire quale sia, a seguito della pronuncia della Corte, la condizione giuridica delle D.I.A. "*perfettionate*" è questione piuttosto complessa.

A tale questione deve essere rapportato problematicamente il principio secondo cui la retroattività delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una norma incontra il limite dei c.d. "*diritti acquisiti*" e dei rapporti esauriti. In questi termini è la giurisprudenza consolidata della Cass. secondo cui "*le pronunzie d'accoglimento della C. cost. hanno effetto retroattivo, inficiando sin dall'origine la validità e l'efficacia della norma dichiarata contraria al dettato costituzionale, salvo il limite delle situazioni consolidate, quali quelle derivanti da giudicato, da atto amministrativo non impugnabile, da prescrizione o da decadenza*"⁷.

Dunque, in linea teorica, evidentemente, se i rapporti sono esauriti, cioè coperti da sentenza passata in giudicato o da atto amministrativo non impugnabile, non vengono travolti dalla pronuncia di incostituzionalità, ma continuano ad essere regolati sulla base della norma dichiarata incostituzionale. All'opposto, se i rapporti non sono esauriti, come avviene senz'altro qualora vi siano procedimenti in corso, ad essi dovrà applicarsi la regola risultante come operativa a seguito della dichiarazione di incostituzionalità.

Se sul piano teorico la questione sembrerebbe delimitarsi facilmente attraverso il concetto di rapporto esaurito-non esaurito, quando si passa all'applicazione pratica sorgono non poche difficoltà.

Innanzitutto non semplice è definire quan-

do un rapporto sia esaurito, e cioè riferito ad un atto amministrativo non impugnabile.

In primo luogo si è sopra visto come sia in discussione se la D.I.A. costituisca un provvedimento amministrativo e se dunque la tutela si attui nelle forme dell'impugnazione o se non debba piuttosto seguire le forme dell'accertamento. La divergenza di posizioni potrebbe teoricamente condurre a soluzioni diametralmente opposte poiché nel primo caso sarebbe sufficiente il decorso dei termini di decadenza e nel secondo occorrerebbe invece una sentenza passata in giudicato o il maturarsi della prescrizione. Tuttavia, stando all'attuale posizione della giurisprudenza, che sul punto ci è però parsa meritevole di un ripensamento⁸, anche l'azione di accertamento sarebbe sottoposta, in materia di D.I.A., al medesimo termine di decadenza di sessanta giorni.

Ma pur facendo riferimento al termine di decadenza, la definizione di rapporto consolidato non appare comunque di facile definizione. In proposito occorre tener presente l'indirizzo del g.a. di ritardare al completamento dell'opera il *dies a quo* per il decorso del termine di impugnazione (e ciò salvo che non si contesti l'inedificabilità assoluta dei suoli)⁹. In proposito sorge poi un altro interrogativo: occorre considerare anche la possibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato e dunque il più ampio termine per la sua proposizione?

Un altro profilo problematico attiene poi al rapporto tra il concetto di rapporto esaurito e il potere di autotutela dell'amministrazione. Tale potere è del tutto precluso, come sembrerebbe?

Al riguardo occorre poi considerare che nel diritto amministrativo, anche i rapporti fondati su atti inoppugnabili, sono comunque sempre sottoposti al potere di autotutela dell'amministrazione. E questo genera senz'altro delle particolarità che in questa sede possono essere solo accennate in termini problematici. Ad es. la pronuncia della Corte,

⁸ Sia consentito rinviare ai rilievi sollevati in E. SCOTTI, *Denuncia d'inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, II, p. 488 ss.

⁹ Sul punto v. *amplius* § 5.

⁷ Cass., Sez. lav., n. 14969/2002.

pur non potendo incidere direttamente sul provvedimento inficiandolo (sicché tale sentenza non potrebbe di per sé giustificare l'esercizio del potere di autoannullamento), potrebbe tuttavia rappresentare un elemento ulteriore che l'amministrazione potrebbe tener presente, quale ragione di opportunità, al fine di esercitare i propri poteri di revoca *ex art. 21 quinquies* l. n. 241/90 o di annullamento d'ufficio per altri vizi¹⁰.

Peraltro, anche nelle ipotesi in cui possa ravvisarsi una situazione di sicuro riparo della D.I.A. dagli effetti della sentenza della C. cost., sono ravvisabili, quantomeno su un piano di fatto, sicure incidenze problematiche. In tali ipotesi, pur non direttamente incise dall'incostituzionalità della norma, potrebbe infatti comunque generarsi una situazione di incertezza data dal sopravvenuto e generale venir meno della norma su cui esse si fondano. Tale incertezza potrebbe ad es. manifestarsi, se non altro quale situazione di dubbio in ordine alla legalità dell'impianto, laddove si renda necessario un intervento di modifica o di ampliamento e si richieda l'ottenimento di un ulteriore atto autorizzativo da parte del comune o di altra autorità. O, laddove si intenda alienare il bene ovvero si intenda ottenere un finanziamento sul medesimo. Quali sono in proposito gli strumenti per la tutela del dichiarante? Potrebbe egli esperire un'azione di accertamento?

3. segue. D.I.A. e rapporti cd. non esauriti.

Come si è visto gli effetti della sentenza della Corte investono pienamente i rapporti cd. non esauriti; che si hanno, stando agli attuali orientamenti, nelle ipotesi di ricorso pendente nel quale viene contestata la legittimità della D.I.A. (con azione impugnatoria o di accertamento) e in quelle di pendenza dei termini per la proposizione di tale ricorso e, dunque, di D.I.A. cui non sia seguito l'avvio e/o il completamento dei lavori. In proposito occorre tener conto anche che, secondo una certa giurisprudenza, non è sufficiente a determinare l'esposizione all'efficacia delle pronunce di incostituzionalità la proposizione

o la pendenza di un qualsivoglia ricorso, ma, in considerazione del vincolo del giudice a pronunciarsi solo sui vizi dedotti (per quelli non dedotti l'atto diviene infatti inoppugnabile), occorre che siano mosse censure rispetto alle quali sia strumentale la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma. Così ad es., nel nostro caso, non sarebbe sufficiente la pendenza di un ricorso che contesti la mancata produzione di un documento o la mancanza di un nulla osta paesaggistico ma occorrerebbe la contestazione della sottoponibilità a D.I.A. dell'intervento¹¹.

Ma, posto che un certo rapporto possa qualificarsi "non esaurito", quali sono le conseguenze dell'applicazione della sentenza della C. cost.? In generale la pronuncia di incostituzionalità di una norma rende illegittimi i provvedimenti che si sono fondati su di essa. Si produce cioè un effetto invalidante, una sopravvenuta invalidità che non travolge di per sé i provvedimenti, caducandoli. Occorre infatti che tale illegittimità sia fatta valere o da un terzo avanti al giudice amministrativo o dall'amministrazione in sede di autotutela. Altrimenti il provvedimento, pur privato del suo presupposto normativo, continuerà ad operare.

Questo schema, elaborato per il provvedimento amministrativo, può applicarsi alla D.I.A. ma solo ove di aderisca all'orientamento che la assimila ad un titolo provvedimentale¹². In questi termini, dunque, la conseguenza principale della pronuncia della Corte sarebbe di esporre le D.I.A. afferenti al concetto di rapporto non esaurito alle impugnazioni di terzi, oltre che ai poteri di autotutela dell'amministrazione, di annullamento d'ufficio e di revoca ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. n. 241/90.

Più problematica appare invece la questione ove si ragioni in termini di legittimazione *ex lege*, posto che, non esistendo un titolo ul-

¹⁰ Sul punto v. § 4.

¹¹ CdS, 5058/2009; TAR Campania, Na, III, n. 2970/2003.

¹² In tal senso si segnalano alcune pronunce, relative proprio ad una ipotesi di D.I.A. (in materia di antenne di telefonia mobile), secondo cui la pronuncia di incostituzionalità non travolge automaticamente le D.I.A. già perfezionate; TAR Lombardia, I, 71/05; CdS, VI, 3425/2006.

teriore rispetto alla legge, il suo venir meno travolgerebbe di per sé il fondamento della legalità dell'attività privata, a nulla valendo la presentazione della D.I.A. o il suo "perfezionamento".

Ulteriori perplessità sono poi suscitate da una recente giurisprudenza¹³ secondo cui non tutte le pronunce di incostituzionalità spiegherebbero gli stessi effetti, ma occorrerebbe distinguere tra quelle che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme "attributive" del potere e quelle che, invece, rimuovono norme sul procedimento amministrativo. Nel primo caso, infatti, non potrebbe escludersi una nullità dell'atto amministrativo, con conseguente rilevanza della stessa d'ufficio e oltre il termine decadenziale.

Riferendo tale schema al caso in esame, è evidente che l'eliminazione della previsione di D.I.A. potrebbe essere, quantomeno in linea teorica, equiparata al venir meno della norma attributiva potere. Ma anche per questo aspetto valga il rilievo solo come individuazione di un ulteriore spunto di riflessione.

4. I poteri del comune. Autotutela – Sanzioni ripristinatorie.

La dichiarazione di incostituzionalità della l. r. Puglia per l'estensione della D.I.A. oltre le soglie previste dal legislatore statale e fino ad 1 MWe pone il problema del ruolo del comune per il ripristino della legalità sia in via di autotutela sia in via sanzionatoria e ripristinatoria, laddove ricorrano i presupposti previsti dalla legge.

Che il comune sia dotato di poteri di autotutela è conclusione cui può giungersi sia attribuendo alla D.I.A. una valenza provvedimentale sia muovendo dall'idea della legittimazione *ex lege*. In tal senso oggi depone esplicitamente l'art. 19 l. n. 241/90 secondo cui nelle ipotesi di D.I.A. "è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies." Evidentemente le due diverse impostazioni attribuiscono però a tale potere un oggetto diverso: la rimozione della D.I.A. o la diretta inibizione dell'intervento. Ovvia-

¹³ CdS, VI, n. 5058/2009.

mente in entrambi i casi dovranno ricorrere le condizioni di cui all'art. 21 *nonies* (annullamento d'ufficio)¹⁴ e cioè "ragioni di interesse pubblico ... un termine ragionevole" e la valutazione "degli interessi dei destinatari e dei controinteressati". A tali prescrizioni si aggiunge poi il rispetto di tutti gli adempimenti procedurali di cui alla l. n. 241/90 e in particolare l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento (art. 7) e di consentire la partecipazione di tutti gli interessati (artt. 9 e 10).

Quanto alle ragioni di interesse pubblico, si sa, la giurisprudenza ha precisato che esse non possano coincidere con l'interesse al ripristino della legalità. Deve, in altri termini, sussistere uno specifico e ulteriore interesse pubblico che giustifichi l'intervento di autotutela. Dunque, in mancanza di tale specifico interesse pubblico avverso la realizzazione di un dato impianto il comune non potrà inibirne la realizzazione motivando solo attraverso il riferimento alla pronuncia della Corte. Tali ragioni di interesse pubblico devono poi essere comparate con tutti gli interessi privati che si oppongono all'autotutela (sia quelli del denunciante sia quelli di coloro che traggono beneficio dall'impianto). Da questo punto di vista è importante considerare la specifica situazione concreta al momento dell'esercizio dei poteri di autotutela: è infatti evidente che altro è un procedimento ancora aperto o appena concluso e altro è invece il procedimento cui abbia fatto seguito l'avvio o il completamento dei lavori. In ogni caso anche nelle ipotesi in cui più debole si presenta l'affidamento e l'interesse del privato (laddove non sia stato dato l'avvio ai lavori di costruzione dell'impianto), l'interesse pubblico all'autotutela non può comunque esaurirsi nel semplice richiamo alla sentenza della Corte e all'esigenza di ripristino della legalità.

Anche l'esercizio dei poteri sanzionatori e, in particolare, l'individuazione dei presupposti per il loro esercizio parrebbe risentire del

¹⁴ S'intende che il Comune laddove sussistano i presupposti di opportunità di cui all'art. 21 *quinquies* cit. potrebbe comunque anche esercitare il potere di revoca, ma tale potere prescinde dalla pronuncia di incostituzionalità se non nel senso che la stessa potrebbe rafforzare le ragioni di opportunità dell'autotutela.

diverso modo di intendere la D.I.A..

Ove si muova da una lettura provvedimento, l'effetto della sentenza sui rapporti non esauriti ma coperti da un provvedimento (o da una fattispecie a valenza provvedimento) deve infatti fare i conti con lo schermo costituito dal provvedimento e dalla sua efficacia, che può essere rimosso solo attraverso forme tipiche e cioè attraverso l'esercizio di poteri di autotutela della PA. Ovvero attraverso l'esperimento dell'azione giurisdizionale o amministrativa dei terzi. In tale prospettiva solo una volta che siano stati utilmente esercitati i poteri di autotutela o che la D.I.A. sia annullata giudizialmente per iniziativa di un terzo, il Comune potrà ordinare la riduzione in pristino o comunque la demolizione delle opere ormai divenute abusive.

Nell'ottica della legittimazione *ex lege*, è invece evidente che non sia ravvisabile lo schermo costituito da un titolo provvedimento.

Se dunque si esclude che la D.I.A. abbia valenza di titolo legittimante dovrebbe coerentemente ritenersi che l'amministrazione possa esercitare i propri poteri sanzionatori prescindere da un previo esercizio dell'autotutela e che gli eventuali lavori eseguiti in carenza della norma legittimante e in assenza del titolo idoneo (l'autorizzazione unica) siano di per sé abusivi, ponendosi eventualmente il problema, a fronte di poteri sanzionatori, della tutela del legittimo affidamento, cui la giurisprudenza, in particolari circostanze, riconosce rilevanza¹⁵.

5. La tutela del terzo.

Consegue alla pronuncia della Corte che anche i terzi possano agire per far valere la situazione di illegittimità o meglio di illegalità degli interventi realizzati o realizzandi sulla base della norma dichiarata incostituzionale. Al riguardo occorre precisare innanzitutto l'ambito della legittimazione ad agire e, cioè, quali siano i soggetti che possono agire per far valere la sopravvenuta situazione di illegittimità della D.I.A.. Essi sono: i proprietari limitrofi, i soggetti che vantano uno stabile

collegamento con il territorio nonché le associazioni ambientaliste (la loro legittimazione è tuttavia dubbia a meno che non si facciano valere anche profili ambientali; esse peraltro potranno assumere il ruolo di controinteressate nel giudizio avverso la D.I.A. in quanto interessate allo sviluppo delle fonti rinnovabili).

Diverse sono le azioni che possono essere intraprese dai terzi. Innanzitutto essi potrebbero rivolgersi all'amministrazione sollecitando l'esercizio dei poteri di autotutela¹⁶ e sanzionatori e, in caso di rifiuto o di silenzio dell'amministrazione, potrebbero rivolgersi al giudice amministrativo per far valere l'illegittimità del rifiuto o, nel caso di silenzio, per ottenere la dichiarazione dell'obbligo di provvedere attraverso il giudizio accelerato di cui all'art. 21 *bis* l. TAR. Essi possono poi impugnare la D.I.A., facendo leva sull'orientamento maggioritario che la assimila ad un provvedimento ovvero, secondo la preferibile tesi della legittimazione *ex lege*, promuovere, sempre innanzi al giudice amministrativo, un'azione di accertamento della sussistenza/insussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'attività. In ogni caso l'azione si svolgerà davanti al g.a. dotato, nelle ipotesi di D.I.A. così come in materia edilizia, di giurisdizione esclusiva¹⁷ e dovrà essere esperita nel termine decadenziale.

Come si è sopra ricordato, per i titoli edilizi la giurisprudenza prevalente ribadisce costantemente che il termine per l'impugnazione ad opera del confinante non decorre dall'avvio dei lavori, ma dalla ultimazione di questi, affinché gli interessati siano in grado di avere cognizione dell'esistenza e dell'entità delle violazioni urbanistico-edilizie; l'effettiva conoscenza dell'atto, infatti, si verifica quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica, con la conseguenza che in mancanza di altri ed inequivoci elementi probatori

¹⁵ CdS, V, n. 2011/03; TAR Lazio, II, n. 3120/05; TAR Sardegna, n. 542/03; TAR Abruzzo, Aq, n. 799/03; idem n. 208/03.

¹⁶ Ma rispetto a tali poteri, in quanto discrezionali in ordine all'*an*, si pone il problema della configurabilità del dovere di provvedere.

¹⁷ Si noti tuttavia che la giurisprudenza riferisce l'azione di accertamento in materia di D.I.A. alla giurisdizione generale di legittimità; così CdS, n. 717/2009.

il termine decorre non con il mero inizio dei lavori, ma con il loro completamento¹⁸. L'eccezione alla regola è costituita dal caso in cui si deducano censure di assoluta inedificabilità dell'area o analoghe censure, nel qual caso risulta sufficiente la conoscenza dell'iniziativa in corso¹⁹.

6. Conclusioni.

Il quadro che si è tracciato si rivela dunque estremamente problematico. Molte sono le questioni che, ad una prima lettura, sembra sollevare la pronuncia della C. cost. 17.3.2010, n. 119, alcune legate in generale al rapporto tra pronunce di incostituzionalità e provvedimenti amministrativi altre legate invece alle specificità della D.I.A. e alle attuali incertezze circa la sua natura giuridica. In questo breve commento si è inteso solo segnalare tali questioni al lettore, per offrire un quadro della complessità teorica e operativa del contesto su cui la sentenza della Corte cit. si inserisce.

Peraltro tali questioni sembrano costituire

¹⁸ Cfr. ad es. CdS, V, 4.3.2008, n. 885.

¹⁹ CdS, IV, 10.12.2007, n. 6342.

un'ulteriore conferma della difficoltà di abbandonare il tradizionale paradigma del provvedimento amministrativo in favore di modelli "deprovvedimentalizzati" ispirati da esigenze di semplificazione e oggi, in taluni ambiti, imposti dall'ordinamento comunitario²⁰; alla certezza segue infatti l'incertezza e il tentativo di ricondurre istituti pensati come nuovi nei "tranquillizzanti binari del provvedimento"²¹. Con ciò finendo per coniugare l'incertezza con la finzione, talvolta oltre i limiti della stessa realtà: come autorevolmente ricordato, nella D.I.A. così come nel silenzio-assenso "il provvedimento non c'è"²² e tentare di recuperarne una parvenza è operazione concettuale che di fatto finisce per generare questioni insolubili nonché per ostacolare l'evoluzione del diritto amministrativo verso nuovi modelli di amministrazione.

²⁰ V. ad es. le misure di semplificazione imposte per i procedimenti autorizzatori in materia di prestazione di servizi dalla dir. comunitaria n. 123/06/CE relativa ai servizi nel mercato interno

²¹ ALB. ROMANO, *sub art.26 T.U. Cons.Stato*, in *Commentario alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2009.

²² ALB. ROMANO, *ibid.*

LA COSTRUZIONE DEGLI IMPIANTI FOTOVOLTAICI DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 119 DEL 2010. PROFILI CIVILISTICI

dell'Avv. Matteo Nuzzo

La C. cost. con sentenza n. 119 del 31.3.2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, coo. 1 e 2 della l. r. Puglia n. 31/2008 che autorizzava la costruzione di impianti fotovoltaici di potenza inferiore ad 1Mw con la sola Dichiarazione di Inizio Attività. La decisione incide sui contratti stipulati per la costruzione e l'esercizio degli impianti in modo diverso determinando caso per caso ipotesi di nullità, risoluzione o risarcimento dei danni

L'eterogeneità delle soluzioni offerte dal diritto amministrativo e dal diritto penale sotto i profili dell'efficacia e della validità dei titoli abilitativi alla costruzione degli impianti fotovoltaici a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art.3, commi 1 e 2 della l. r. Puglia n. 31/2008 che, in deroga alle disposizioni del d. lgs n. 387/2003, autorizzava la realizzazione dei suddetti impianti fino alla potenza massima complessiva inferiore ad 1Mw, ha significativi riflessi sulla disciplina dei contratti stipulati per la realizzazione e l'esercizio di quegli impianti.

Pur nella specificità che caratterizza ciascuna operazione, l'esperienza del concreto evidenzia, tra gli altri, un diffuso utilizzo dei seguenti strumenti contrattuali sui quali pertanto sembra opportuno svolgere alcune specifiche riflessioni: cessione d'azienda o di ramo d'azienda, appalto, connessione alla rete elettrica, costituzione di diritti reali sull'impianto stesso.

In relazione a ciascuno di essi, l'invalidità dell'autorizzazione amministrativa necessaria alla costruzione dell'opera e/o all'esercizio dell'attività è infatti generalmente considerata dalla giurisprudenza elemento idoneo a far cadere il vincolo contrattuale e ciò al fine di realizzare interessi sostanziali quali la limitazione della circolazione o commerciabilità del bene viziato e la tutela del soggetto che ha effettuato o è tenuto al pagamento per ottenere quei diritti o servizi che l'invalidità dell'autorizzazione amministrativa rischia invece di

pregiudicare¹.

Sul piano tecnico le soluzioni sono però diverse; l'effettiva accoglibilità delle azioni di tutela avanzate nella prospettiva sopra indicata, è infatti subordinato a presupposti ed effetti di volta in volta diversi in funzione delle specifiche caratteristiche del caso concreto; il che ha indotto la giurisprudenza ad utilizzare rimedi a volte nella disciplina dell'errore, in altri casi della presupposizione, o dei vizi o della mancanza di qualità della cosa venduta², dell'*aliud pro alio*³ o della nullità.

La diversità delle possibili soluzioni offerte non ha rilievo solo teorico; ciascuna delle tecniche di protezione sopra indicate dispiega infatti effetti operativi sensibilmente diversi. La qualificazione della fattispecie come vizio della cosa venduta (inteso sia come inidoneità all'uso cui la stessa è destinata che come diminuzione apprezzabile del suo valore) ai sensi dell'art. 1490 c.c., o anche come mancanza delle qualità promesse o essenziali del bene, secondo la disciplina dall'art. 1497 c.c., consente la risoluzione del contratto di vendita per inadempimento del venditore nel solo caso in cui la denuncia del vizio sia avvenuta entro il termine perentorio di otto giorni dalla scoperta dello stesso e l'azione sia esercitata entro l'anno, secondo il dettato dell'art. 1495 c.c., con la conseguenza che trascorsi invano tali termini l'acquirente decade definitivamente.

¹ BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, 817, DIONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986.

² CdS, V, 21.11.2007, n. 5926.

³ GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987.

mente dalla possibilità di agire per la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto ed è costretto a sopportare integralmente la perdita. Nel caso in cui invece ricorrono i presupposti della presupposizione o dell'errore o dell'*aliud pro alio* la protezione dell'acquirente si estenderà ben oltre i suddetti termini decadenziali con più ampie possibilità di tutela.

Ciascuno di tali rimedi è peraltro utilizzabile nel caso concreto solo in presenza dei propri specifici requisiti.

In questa prospettiva, la giurisprudenza ha ad esempio ritenuto applicabile la disciplina dell'errore di cui agli artt. 1428 e ss c.c., con conseguente diritto dell'acquirente ad ottenere l'annullamento del contratto e la restituzione di quanto versato, ma non il risarcimento del danno, solo nei casi in cui l'assenza del titolo abilitativo integri una falsa rappresentazione delle qualità essenziali della cosa oggetto del contratto sussistesse già al momento della prestazione del consenso con esclusione delle situazioni sopravvenienti rispetto alle quali, si afferma, verrebbe meno il fondamento stesso della rilevanza dell'errore cioè l'esigenza di non dare rilievo giuridico ad una volontà formatasi in modo abnorme⁴.

Si è invece ritenuto che, nel caso in cui l'effettiva esistenza e idoneità del titolo abilitativo all'esercizio dell'attività rappresenta una situazione, passata, presente o futura, di fatto o di diritto esterna al contratto, - il cui accadimento quindi non è riferibile all'oggetto di un'obbligazione delle parti contraenti, e che tuttavia queste si sono consapevolmente rappresentate riconoscendo una parte l'importanza determinante attribuita dall'altra parte alla medesima come fondamento del negozio, secondo il principio di buona fede soggettiva - attesa come futura e necessaria e che contrariamente a quanto dalle stesse parti supposto, non sia invece sopravvenuta nel corso del rapporto, il contratto sia soggetto a risoluzione, con conseguente obbligo di restituzione delle prestazioni eventualmente eseguite in esecuzione del contratto, senza tuttavia il diritto di agire per il risarcimento

⁴ Cass., sez. un., 1.7.1997, n. 5900.

del danno⁵. La risoluzione infatti in questo caso non sarebbe imputabile ad alcuna delle parti del contratto, ma ad un evento esterno ed indipendente, il che escluderebbe l'obbligo risarcitorio.

Diverso è il caso in cui la presenza e la regolarità dell'autorizzazione amministrativa, siano dichiarate e garantite dal venditore; in questo caso la mancanza o irregolarità del titolo costituirebbero inadempimento del contratto con la conseguenza che la parte inadempiente dovrebbe rispondere anche dei danni a ciò conseguenti. Più in particolare, la giurisprudenza distingue due diverse ipotesi:

a) quella in cui l'inadempimento determina una diversità tra cosa venduta e cosa consegnata, sicché la consegna viene ad avere un oggetto appartenente a genere, specie o categoria economica diversa da quella pattuita, rivelandosi funzionalmente del tutto inadatta ad assolvere la funzione economico-sociale di quella venduta e quindi inadatta a soddisfare i bisogni che determinarono l'acquisto;

b) quella in cui la cosa consegnata presenti vizi che la rendono inadatta all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore secondo la formula dell'art. 1490 c.c. ovvero manchi delle qualità promesse o di quelle essenziali all'uso cui è destinata in conformità all'art. 1497 c.c., pur appartenendo allo stesso *genus* di quella pattuita.

Nel primo caso si applicherà la disciplina dell'*aliud pro alio*, secondo cui il creditore insoddisfatto ha diritto alla risoluzione del contratto, con gli effetti restitutori già indicati in precedente, oltre al risarcimento di tutti i danni subiti, da calcolarsi sulla base del danno emergente e del lucro cessante, potendo esperire le relative azioni entro gli ordinari termini di prescrizione di cui all'art. 2946 c.c. e cioè entro dieci anni dalla sottoscrizione del contratto.

Nel secondo, esclusa l'applicabilità della disciplina prevista per il caso di *aliud pro alio*, troverà applicazione la disciplina dei vizi della cosa nella compravendita secondo cui il compratore avrà diritto alla risoluzione del contratto o, alternativamente, alla riduzione

⁵ Cass., III, 29.9.2004, n. 19563.

del prezzo alle condizioni previste dall'art. 1495 c.c.⁶.

Nel caso in cui la mancanza o il venire meno dell'autorizzazione amministrativa determini l'impossibilità giuridica di utilizzo del bene per l'uso convenuto secondo le modalità previste nell'accordo e quindi per impossibilità dell'oggetto, o per illiceità dello stesso, si applicherà invece il regime previsto per la nullità del contratto⁷ secondo cui il contratto è del tutto improduttivo di ogni effetto sin dall'origine con il che tutte le eventuali attribuzioni compiute in esecuzione dello stesso sono ingiustificate e devono essere restituite. La maggior gravità della nullità ha quale conseguenza che, a differenza dei precedenti rimedi, essa può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio o da chiunque vi abbia interesse, può essere accertata in ogni tempo, ed è insuscettibile di convalida. Ai sensi dell'art. 1338 c.c., inoltre, la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza della causa d'invalidità del contratto non l'ha comunicata all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da quest'ultima subito per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

A ciò deve poi aggiungersi che nella prassi gli stessi contratti prevedono normalmente clausole con le quali vengono pattiziamente regolati gli obblighi, le garanzie e, più in generale, la distribuzione specifica del rischio relativo all'invalidità, inefficacia o alla revoca dell'autorizzazione amministrativa; con la conseguenza che in questo caso potranno determinarsi conseguenze in concreto diverse da quelle conseguenti all'applicazione delle regole appena ricordate.

Cessione d'azienda o di ramo d'azienda. Acquisto di società proprietaria di un impianto.

L'astratta utilizzabilità di una pluralità di rimedi per la disciplina delle conseguenze del difetto di autorizzazione amministrativa rende ancor più evidente la necessità di passare dalla prospettiva teorica all'analisi della strutturazione pratica dell'operazione volta alla costruzione di un impianto fotovoltaico. Questa

normalmente inizia con l'acquisto di un complesso organico di beni e diritti (tra cui le licenze, i permessi e le autorizzazioni amministrative richieste per l'esercizio dell'attività), che nel loro complesso costituiscono un'azienda che, anche se non ancora in atto, è dotata di concreta potenzialità produttiva⁸. Secondo l'opinione prevalente infatti, purché sussistano i requisiti minimi necessari ad identificare l'azienda, la necessità di ulteriori attività o beni che integrino quanto trasferito non muta la natura giuridica del contratto.

Da ciò consegue che obbligo principale del venditore è in ogni caso quello di trasferire validamente, definitivamente ed efficacemente l'azienda all'acquirente, anche se in concreto tale obbligo acquista contenuto di volta in volta diverso in funzione dell'attività d'impresa esercitata e quindi del tipo di azienda oggetto del trasferimento.

Anche il rilievo in concreto attribuito alla mancanza, al vizio o comunque all'insufficienza delle autorizzazioni amministrative necessarie all'esercizio dell'attività aziendale è dunque conseguenza della effettiva incidenza dell'elemento viziato sull'interesse della parte acquirente in relazione all'effettiva possibilità di esercitare l'attività produttiva cui l'azienda è dedicata.

In questa prospettiva, la mancanza del titolo abilitativo impone un'indagine tesa ad accertare la causa effettiva del suo omesso rilascio o del suo venire meno che può dipendere da molteplici cause, ciascuna delle quali genera conseguenze diverse consentendo differenti rimedi.

Si pensi, ad es., da un lato al caso di gravi violazioni urbanistiche che determinano l'assoluta inidoneità del bene all'uso per il quale è stato acquistato; dall'altro a quello di meri impedimenti o ritardi burocratici che non attengono alla oggettiva attitudine del bene ad assolvere la sua funzione economico sociale⁹, difformità o vizi di entità trascurabile, o puramente formali o agevolmente suscettibili di sanatoria, che non rendono il bene inidoneo all'uso al quale è destinato o non ne diminuiscono in modo apprezzabile il valo-

⁶ *Ex multis* Cass., I, 11.04.2002, n. 5153.

⁷ Cass., III, 20.12.2004, n. 23618.

⁸ Cass., V, 10.10.2008, n. 24913.

⁹ Cass., II, 22.11.2006 n. 24786.

re¹⁰. In questa prospettiva vanno valutati gli effetti sul contratto di cessione d'azienda della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3 coo. 1 e 2 della l. r. n. 31/2008. Caduta la norma, infatti, la D.I.A., in virtù del d. lgs. n. 387/ 2003, resta strumento idoneo a consentire solo la costruzione di impianti fotovoltaici di potenza massima fino a 20Kw e cioè per una tipologia di impianto fotovoltaico in concreto essenzialmente diverso da quello promesso nel contratto. Per quanto si è fin qui detto si potrà dunque configurare un'ipotesi di *aliud pro alio* sia nel caso in cui il vizio insistente sulla licenza comprometta in modo sostanziale la funzionalità del complesso aziendale ceduto¹¹, sia in quello in cui, per il definitivo venir meno di uno o più elementi necessari all'esercizio dell'impresa, l'azienda stessa perda la sua identità strutturale con la conseguenza che l'operazione concretamente posta in essere cambia la sua natura giuridica trasformandosi, in sede di qualificazione da cessione di azienda in mero trasferimento di singoli beni¹².

Alla stessa conclusione dovrà giungersi anche nel caso in cui il trasferimento del complesso dei beni sia avvenuto attraverso la vendita delle quote della società proprietaria dell'azienda; è infatti affermazione costante della giurisprudenza che quando l'acquisto delle quote della società è chiaramente finalizzato all'acquisto della disponibilità del patrimonio sociale allo scopo di utilizzarlo secondo la sua destinazione economica e trarne un adeguato reddito, deve ravvisarsi accanto ad un oggetto immediato del contratto di vendita, consistente nell'acquisto delle partecipazioni e del conseguente *status socii*, un oggetto mediato, rappresentato dall'esercizio commerciale funzionalmente destinato alla produzione di reddito, che anzi rappresenta il contenuto essenziale del contratto di cessione¹³.

L'esistenza di un vizio dell'autorizzazione amministrativa idoneo ad incidere sull'identità sostanziale del bene oggetto del contratto di cessione d'azienda destinato alla realizza-

zione di un impianto fotovoltaico costituisce peraltro condizione necessaria, ma non sufficiente per configurare un inadempimento; a tal fine è infatti necessario che il vizio, dotato delle caratteristiche sopra indicate, sia imputabile al venditore. In mancanza di questo requisito si potrà infatti configurare un caso di impossibilità sopravvenuta regolato dall'art. 1463 c.c. il quale pure consente la risoluzione del contratto ma, a differenza di quanto avviene in caso di inadempimento, esclude il risarcimento del danno subito. Com'è evidente la diversità delle conseguenze che possono verificarsi nel primo o nel secondo dei casi appena esaminati rende necessario fissare un criterio di distinzione tra le due ipotesi specie per il caso, assai frequente nella pratica, in cui il contratto di compravendita d'azienda si sia perfezionato in un momento in cui l'autorizzazione amministrativa era stata effettivamente rilasciata, ma sulla base della l. r. n. 31/2008 entrata in vigore in violazione della ripartizione costituzionale di competenza legislativa ed il cui procedimento di verifica costituzionale era già in corso. Tutto ciò assume specifico rilievo anche in relazione al caso in esame.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3 coo. 1 e 2 della l. r. n. 31/2008, pone infatti il problema della illegittimità successiva del provvedimento autorizzativo adottato sulla base di quella e, in relazione a ciò, della corretta applicazione della regola generale secondo cui la garanzia per i vizi prestata dal venditore ha ad oggetto solo i vizi preesistenti.

In questa prospettiva dovrà valutarsi la conoscibilità in concreto della pendenza del giudizio di costituzionalità e la prevedibilità di un suo esito negativo; valutazione da effettuare tenendo conto del grado di diligenza concretamente esigibile dalla parti in ragione della loro qualità soggettiva, nel quadro dell'orientamento giurisprudenziale che, al fine del giudizio di prevedibilità dell'invalidità del provvedimento, pone a carico di chi agisce in giudizio un onere di verifica dell'effettiva possibilità di ottenere dalla PA una concessione conforme agli impegni contrat-

¹⁰ Cass., 27.4.1982 n. 2620.

¹¹ Cass., I, 20.2.2004, n. 3370.

¹² Cass., V, 27.6.2008, n. 17613.

¹³ Cass., I, 23.2.2000, n. 2059.

tuali¹⁴.

I meccanismi finora esaminati non esauriscono l'insieme dei rimedi di cui può avvalersi l'acquirente; anche in assenza dei presupposti richiesti per la risoluzione del contratto per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta infatti, l'inidoneità dell'autorizzazione amministrativa alla costruzione, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in forza della quale l'autorizzazione era stata concessa, può determinare il venir meno degli effetti del contratto in applicazione della c.d. teoria della presupposizione¹⁵, quando:

1) l'esistenza dell'autorizzazione amministrativa era stata determinante per la formazione del consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante il negozio; 2) la presupposizione era comune a tutti i contraenti; 3) l'evento supposto era stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti; 4) si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione¹⁶. Sicchè dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto assunta a presupposto comune e determinante della volontà negoziale, la mancanza del quale comporta, dunque, la caducazione del contratto¹⁷.

Appalto.

La costruzione dell'impianto fotovoltaico avviene normalmente in esecuzione di un contratto di appalto "*chiavi in mano*" tra il proprietario dell'azienda ed un'impresa di settore la quale si obbliga a realizzarlo in conformità alle norme urbanistiche applicabili ed

alle autorizzazioni del committente.

In questo caso, a differenza di quanto si è visto per il contratto di cessione d'azienda, l'inidoneità del titolo abilitativo alla costruzione dell'impianto non assume rilievo solo ai fini del corretto adempimento dell'obbligazione o della realizzazione dell'interesse dell'acquirente, ma anche sotto il profilo pubblicistico della compatibilità dell'opera con le norme in materia edilizia ed urbanistica. In questa prospettiva, a seguito dell'illegittimità della norma regionale che autorizzava la costruzione degli impianti con la sola D.I.A., le opere in oggetto sarebbero realizzate in assenza del titolo abilitativo richiesto dalla legge, il che secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, determina la nullità del contratto di appalto stipulato per la loro costruzione per illiceità dell'oggetto, contrario a norme imperative dettate in tema di urbanistica in tutti i casi in cui l'appalto sia, di fatto, eseguito in carenza di concessione; il che ha indotto ad escludere la nullità nel caso in cui questa sia stata rilasciata dopo la data della stipulazione, ma prima della realizzazione dell'opera, come avviene ad esempio nel caso in cui il contratto sia stato sospensivamente condizionato al previo ottenimento della concessione o autorizzazione richiesta¹⁸. Le conseguenze della nullità del contratto sono particolarmente incisive: sul piano operativo, infatti, la nullità opera di diritto ed è insuscettibile di convalida ostandovi il disposto dell'art. 1423 c.c. Da ciò consegue che essa potrà essere dichiarata giudizialmente in ogni tempo anche nel caso in cui sia inutilmente decorso il termine per l'impugnazione della dichiarazione di inizio attività da parte dei terzi o siano mancate iniziative di autotutela da parte del comune o della regione o sia stato ottenuto il relativo condono edilizio, circostanze queste che, secondo consolidato orientamento della giurisprudenza, escludono le sole sanzioni penali ed amministrative dell'abuso, ma che non la nullità del contratto¹⁹. Il contratto di appalto nullo non può ne-

¹⁴ Cass., II, 27.02.2004, n. 4016.

¹⁵ MACARIO, *Le sopravvenienze*, in Tratt. del Contratto, Roppo, Milano, 2006, 517, BELFIORE, *La presupposizione*, in Tratt. Bessone, il contratto in generale, IV, Torino, 2003, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *il contratto*, Milano, 2002, 435.

¹⁶ Cass., II, 31.10.1989, n. 4554; Cass., I, 21.11.2001, n. 14629.

¹⁷ Cass., II, 9.11.1994, n. 9304.

¹⁸ Cass., I, 18.02.2009, n. 3913. In dottrina, RUBINO, IUDICA, *Appalto*, in Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna, 1992, 107.

¹⁹ Cass., II, 21.2.2007, n. 4015; Cass., II, 27.02.2002, n. 2884.

anche produrre effetto tra le parti con la conseguenza che l'appaltatore non può pretendere il corrispettivo pattuito e sarà tenuto, come il committente, a restituire quanto eventualmente ricevuto in esecuzione dell'accordo e ciò anche nel caso in cui di fatto ignori l'assenza della concessione edilizia. Da un lato, infatti, si ritiene che rientri nell'ordinaria diligenza su di lui gravante l'onere di accertare la reale situazione di fatto e di diritto relativa all'opera tra cui innanzitutto proprio le regolarità delle necessarie autorizzazioni amministrative; dall'altro, incombe anche sul costruttore, ai sensi del d. lgs. 6.6.2001, n. 378, art. 71, l'obbligo del rispetto della normativa sulle concessioni²⁰. E' fatta invece salva l'azione di arricchimento indebito che lo stesso appaltatore potrà proporre per ottenere dal committente non il corrispettivo pattuito, ma, nei limiti dell'arricchimento del committente stesso, un indennizzo della propria diminuzione patrimoniale²¹.

Contratto di connessione con l'ente gestore della rete elettrica.

All'esito della costruzione dell'impianto fotovoltaici, ai fini dell'entrata in esercizio dello stesso, e quindi quale condizione necessaria per l'esercizio commerciale dell'attività di produzione di energia elettrica e per l'accesso alle tariffe incentivanti di cui al DM 19.2.2007, il titolare dell'opera deve stipulare il contratto di connessione con l'ente gestore della rete elettrica per effetto del quale l'impianto può ricevere da e cedere alla rete nazionale, energia elettrica.

Nel quadro dei divieti e delle sanzioni volti a contrastare lo sfruttamento economico delle opere e delle attività realizzate attraverso un'opera costruita in assenza o in violazione della norme edilizie ed urbanistiche, anche questo contratto è soggetto a nullità in assenza di una valida autorizzazione. .

L'art. 48 del d.P.R. 380/ 2001 infatti stabilisce che colui il quale richieda ad un'azienda erogatrice la fornitura di un servizio pubblico

²⁰ Cass., II, 21.2.2007, n. 4015; Cass, II, 27.2.2002, n. 2884.

²¹ Cass., II, 02.4.2009, n. 8040.

deve allegare alla relativa domanda una dichiarazione sostitutiva di atto notorio indicante gli estremi del titolo abilitativo alla costruzione o, per le opere abusive, gli estremi del permesso in sanatoria ovvero la copia della domanda di permesso in sanatoria corredata dalla prova del pagamento, in assenza dei quali i relativi contratti, ancorchè eventualmente stipulati con sanzioni penali a carico del funzionario della società erogatrice, sono nulli, con le conseguenze già in precedenza indicate.

Costituzione di diritti reali sull'impianto realizzato in D.I.A..

Ulteriori limitazioni all'effettivo sfruttamento imprenditoriale degli impianti fotovoltaici realizzati sulla base della D.I.A. ai sensi della l. r. n. 31/2008, derivano dalle sanzioni stabilite dal T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia a carico dei notai per il ricevimento e l'autenticazione di atti nulli ai sensi dello stesso T.U.: tali sono quelli aventi per oggetti il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di diritti reali relativi all'impianto²². Questi divieti infatti, come quelli stabiliti per i contratti di fornitura di servi pubblici, rientrano tra le tecniche di prevenzione e sanzione in materia di opere abusive e tendono ad impedire la circolazione del bene nel mercato al fine di frustrare l'interesse dell'imprenditore alla realizzazione dell'opera. Anche in questo caso troverà applicazione l'orientamento giurisprudenziale già in precedenza ricordato, in forza del quale la disciplina dei vizi dei beni oggetto dell'azienda si applica anche alle quote della società che la possiede, quando l'acquisto delle quote della società sia chiaramente finalizzato all'acquisto della disponibilità del patrimonio sociale allo scopo di utilizzarlo secondo la sua destinazione economica e trarne un adeguato reddito²³.

²² DIONISI, *Abusivismo cit.*, 69

²³ Cass., I, 23.2.2000, n.2059.

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

della Dott.ssa Maria Rosaria Salerni

Corte costituzionale, 26.3.2010 n. 121

Piano nazionale di edilizia abitativa (piano casa) - potere dello Stato di fissare i principi generali che devono presiedere alla programmazione nazionale ed a quelle regionali nel settore - sussiste.

La materia dell'edilizia residenziale pubblica, non espressamente contemplata dall'art. 117 cost., si estende su tre livelli normativi: 1) il primo riguarda la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti. In tale determinazione - che, qualora esercitata, rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co.2., lett. m), cost. - si inserisce la fissazione di principi che valgano a garantire l'uniformità dei criteri di assegnazione su tutto il territorio nazionale, secondo quanto prescritto dalla sentenza n. 486 del 1995; 2) il secondo livello normativo riguarda la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, che ricade nella materia "governo del territorio", ai sensi del co. 3 dell'art. 117 cost.; 3) il terzo livello normativo, rientrante nel co. 4 dell'art. 117 cost., riguarda la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari o degli altri enti che a questi sono stati sostituiti ad opera della legislazione regionale. Ne deriva che la previsione di un piano nazionale di edilizia abitativa (nella specie si trattava del c.d. "Piano casa") si inserisce nel secondo livello normativo, nel senso che lo Stato, con il suddetto piano, fissa i principi generali che devono presiedere alla programmazione nazionale ed a quelle regionali nel settore. L'attuazione tecnico-amministrativa è demandata allo Stato, per quanto attiene ai profili nazionali uniformi, con la conseguenza che la competenza amministra-

tiva, limitatamente alle linee di programmazione di livello nazionale, deve essere riconosciuta, in applicazione del principio di sussidiarietà di cui al co. 1 dell'art. 118 cost., allo Stato medesimo.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 24.3.2010 n. 728
Oneri concessori - restituzione e/o ripetizione - rinuncia al PdC o di decadenza del titolo, per scadenza dei termini iniziali o finali o per il sopravvenire di previsioni urbanistiche contrastanti con le opere autorizzate e non ancora realizzate - obbligo della PA - sussiste - ragioni.

Allorché il privato rinunci al permesso di costruire o anche quando sia intervenuta la decadenza del titolo edilizio - per scadenza dei termini iniziali o finali o per il sopravvenire di previsioni urbanistiche introdotte o dallo strumento urbanistico o da norme legislative o regolamentari, contrastanti con le opere autorizzate e non ancora realizzate - sorge in capo alla PA l'obbligo di restituzione delle somme corrisposte a titolo di contributo per oneri di urbanizzazione e costo di costruzione e conseguentemente il diritto del privato a pretenderne la restituzione. Il contributo concessorio è, difatti, strettamente connesso all'attività di trasformazione del territorio, quindi, ove tale circostanza non si verifichi, il relativo pagamento risulta privo di causa cosicché l'importo versato va restituito.

TAR Veneto, Sez. I, 1.3.2010 n. 718

Opere destinate alla difesa militare.

Tutte le opere eseguite all'interno di basi, impianti o installazioni militari sono considerate infrastrutture militari e quindi opere destinate alla difesa militare, ivi compresi gli alloggi di servizio per il personale militare con la conse-

guenza, tra l'altro, che esse non sono soggette alla richiesta di rilascio di concessione edilizia.

- ESPROPRIAZIONI -

della Dott.ssa Michela Urbani

Corte di Cassazione Civ, Sez. I, 4.2.2010, n. 2602

Occupazione appropriativa - danno - determinazione - criteri.

Indennità di espropriazione - area agricola - calcolo - modalità.

Occupazione appropriativa - proprietario - abbandono - configurabilità.

Per la determinazione del danno da occupazione appropriativa, vale la suddivisione tra aree edificabili ed aree agricole, con priorità delle qualità attribuite al suolo dalla disciplina urbanistica rispetto a criteri di effettualità (c.d. edificabilità di fatto). Peraltro per i suoli agricoli o comunque inedificabili deve essere consentito al proprietario di dimostrare, avuto riguardo alle obiettive ed intrinseche caratteristiche ed attitudini del fondo, in relazione alle utilizzazioni autorizzate dagli strumenti di pianificazione del territorio, che il valore agricolo del terreno, all'interno della categoria suoli inedificabili, sia mutato in conseguenza di una diversa destinazione del bene ugualmente compatibile con la sua ormai accertata inedificabilità; e che, di conseguenza, esso, in quanto suscettibile di sfruttamento ulteriore e diverso da quello agricolo, abbia un'effettiva valutazione di mercato che rispecchi siffatte possibilità di utilizzazione intermedia tra quella agricola e quella edificatoria.

Ove il suolo non possa considerarsi legalmente edificabile, l'indennità di espropriazione va determinata in base al valore agricolo medio del terreno, con riferimento ai tipi di coltura effettivamente praticati, e quindi soprattutto alle piantagioni esistenti sul fondo espropriato.

Nell'occupazione illegittima per mancanza o inefficacia della dichiarazione di p.u. non è configurabile un' espropriazione, ma tutt'altra situazione in cui il proprietario conserva e mantiene il proprio diritto dominicale sull'immobile, nonché in via primaria, quello di chiederne la restituzione. In tal caso l'azione risarcitoria è esperibile solo per una scelta discre-

zionale del proprietario, che rinunci ad ottenere il rilascio del bene e preferisca invece, abbandonarlo definitivamente all'occupante e conseguire in cambio la completa reintegrazione economica del pregiudizio sofferto corrispondente al controvalore del bene abitato al momento in cui esso è stato occupato definitivamente, attualizzato al momento della decisione.

Consiglio di Stato, sez. IV, 7.4.2010, n. 1982

Vincoli - conformativi - definizioni.

Vincoli - natura - individuazione - verifica - in concreto - necessità - sussiste.

Va attribuita natura conformativa e non espropriativa a tutti quei vincoli che non solo non siano esplicitamente preordinati all'esproprio in vista della realizzazione di un'opera pubblica, ma nemmeno si risolvano in una sostanziale ablazione dei suoli medesimi, consentendo al contrario la realizzazione degli interventi su di essi previsti anche da parte di privati ed in regime di economia di mercato. In questi casi, la zonizzazione dei suoli non è espressione di potere espropriativo (neanche in senso lato), ma della più generale potestà di pianificazione del territorio spettante all'amministrazione comunale, alla quale è connaturata la facoltà di limitare l'edificabilità su determinate aree a specifiche categorie e tipologie di opere.

La natura espropriativa o conformativa del vincolo va verificata non in astratto, ma sulla base della concreta disciplina urbanistica impressa ai singoli suoli, al fine di accertare se la destinazione impressa agli stessi si risolva in una sostanziale ablazione ovvero non svuoti di contenuto i diritti dominicali dei proprietari.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.3.2010, n. 1461

Zone bianche - insediamento produttivo - doppio limite - osservanza - necessità - sussiste.

Zone bianche - pianificazione - obbligo - autosufficienza NTA - non sussiste.

È legittimo il diniego del permesso di costruire, richiesto per la realizzazione di un insediamento produttivo in "zona bianca" e fuori dal perimetro del centro abitato, che non rispetti il doppio limite previsto dall'art. 9 T.U. ed., riferito sia alla soglia di cubatura consentita, sia alla misura massima della superficie coperta

realizzabile. La norma invero individua due requisiti generali ed autonomi, aventi contenuto eterogeneo, che devono contestualmente concorrere ai fini del rilascio del titolo edilizio.

La natura eccezionale e transeunte del regime di edificabilità diviso dall'art. 9 T.U. ed. esalta il potere dovere delle amministrazioni competenti di procedere tempestivamente alla pianificazione anche dietro diffida del privato interessato, salvo che le norme tecniche di attuazione del p.r.g., ab imis, disciplinino espressamente le conseguenze dell'inefficacia dei vincoli, assegnando alle aree interessate una specifica destinazione urbanistica

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19.2.2010, n. 997

Acquisizione sanante - motivazione - criteri. Acquisizione sanante - vincolo paesaggistico - irrilevanza.

La mera indicazione della natura di terreni agricoli delle aree occupate illegittimamente, senza alcuna comparazione tra il pregiudizio in concreto subito dai proprietari in forza della perdita degli immobili ed i vantaggi per la collettività conseguenti dalla realizzazione dell'opera, non integra la valutazione degli interessi in conflitto cui l'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 subordina il ricorso allo strumento della acquisizione dei beni utilizzati per realizzare opere di interesse pubblico pur in mancanza di un titolo, valido ed efficace, per procedere all'esproprio. La realizzazione, senza un decreto di esproprio o una dichiarazione di pubblica utilità validi ed efficaci, di un'opera pubblica in un'area sottoposta a vincolo paesaggistico non esclude la possibilità di applicare l'art. 43, co. 3, del d.P.R. n. 327/2001.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.1.2010, n. 91

Vincoli – reiterazione - motivazione specifica - necessità - sussiste.

Vincoli - provvedimento impositivo - area assoggettata - incertezza assoluta - illegittimità.

Vincoli – provvedimento impositivo – disparità di trattamento.

La scelta di reiterare un vincolo scaduto impone all'amministrazione un puntuale onere motivazionale in ordine alle specifiche ragioni che la impongono, indipendentemente dalla qualificazione formale del provvedimento di variante urbanistica in cui essa è contenuta.

È illegittimo il provvedimento impositivo del vincolo preordinato all'espropriazione in ipotesi di assoluta incertezza nell'individuazione dell'area da espropriare, qualora questa non sia nemmeno evincibile negli atti del relativo procedimento.

È illegittimo il provvedimento impositivo del vincolo preordinato all'espropriazione motivato con riferimento alla necessità di reperire aree da destinare a parcheggio pubblico, qualora l'amministrazione abbia consentito ai proprietari dell'immobile limitrofo di "monetizzare" gli standard a parcheggio, anziché procedere anche in tale caso ad acquisizione di aree.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.1.2010, n. 83

Cessione volontaria - inadempimento - successivo provvedimento ablatorio - legittimità.

Attraverso l'istituto della cessione volontaria il legislatore ha inteso consentire la sostituzione, col consenso della parte ablata, dell'intervento autoritativo della PA con uno strumento più semplice e rapido di carattere negoziale, cui si rendono applicabili i principi civilistici che regolano la conclusione dei contratti. Più in particolare, mentre da un lato nessuno ostacolo si frappone, in caso di inadempimento, alla risoluzione di un tale tipo di contratto, dall'altro il mancato perfezionamento dello strumento negoziale non impedisce alla PA, stante la rilevata alternatività, ad adottare il procedimento ablatorio, salva la possibilità dell'espropriato, una volta rimosso il formale titolo d'acquisto per intervenuta risoluzione del contratto, di richiedere il risarcimento dell'eventuale danno derivante dall'inadempimento che ha dato luogo alla risoluzione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.1.2010 n. 39

DPU – reiterazione – nuovo procedimento – necessità – sussiste.

La reiterazione della dichiarazione di pubblica utilità, scaduta o a qualunque titolo venuta meno, deve sempre avvenire mediante lo svolgimento di un nuovo procedimento amministrativo strumentale a detta dichiarazione, al quale possano partecipare tutti i soggetti pubblici e privati direttamente interessati, previa notifica agli stessi di idonea comunicazione di rito.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.12.2009, n. 8756



DPU - reiterazione - specifica motivazione - necessità - sussiste.

Decreto occupazione d'urgenza - comunicazione avvio procedimento - necessità - non sussiste.

Decreto occupazione d'urgenza - motivazione - relatio alla DPU - legittimità.

Costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui in sede di reiterazione della dichiarazione di pubblica utilità l'amministrazione è tenuta a dare atto, con adeguata motivazione, delle persistenti ragioni di pubblico interesse che giustificano la realizzazione dell'opera pubblica, in relazione all'attuale assetto dei luoghi e agli eventuali mutamenti sopravvenuti all'originaria dichiarazione nonché all'attualità ed alla concretezza dell'interesse pubblico a realizzarla (cfr. IV Sez. n. 8289 del 2003). Peraltro, secondo principi altrettanto consolidati, la motivazione del rinnovo può evincersi – per relationem – anche dagli atti presupposti del procedimento ablativo. Per consolidata giurisprudenza, il decreto di occupazione non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, atteso che le garanzie partecipative si devono realizzare con riferimento al provvedimento che ha comportato la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori, rispetto al quale il decreto di occupazione costituisce una mera attuazione. Anche in seguito all'entrata in vigore dell'art. 22 bis d.P.R. n. 327 del 2001,

l'ordinanza di occupazione d'urgenza riguarda una fase puramente attuativa di quella riguardante la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dei lavori, con la conseguenza che è sufficiente la motivazione dell'ordinanza di occupazione che si limiti a richiamare espressamente tale dichiarazione, che ne costituisce l'unico presupposto e che consenta di rilevare l'urgenza della realizzazione delle opere previste nella dichiarazione di pubblica utilità.

TAR Liguria, Sez. I, 17.3.2010 n. 1175

Acquisizione sanante - facoltatività - sussiste.

Acquisizione sanante - preavviso di rigetto - necessità - non sussiste.

Ai sensi dell'art. 43 del d.P.R. 8.6.2001, n. 327, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, "può" disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni. Ne discende che non sussiste un obbligo (bensì una mera facoltà) dell'amministrazione di provvedere all'acquisizione del bene ex art. 43 d.P.R. n. 327/2001. L'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 non configura un procedimento ad istanza di parte, bensì officioso, onde non è applicabile l'art. 10 bis l. n. 241/1990, neppure in caso di sollecitazione dei poteri dell'amministrazione mediante diffida.

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 31.3.2010 n. 1481

Installazione stazione radio base telefonia mobile – autorizzazione - diniego - co-siting - legittimità.

È legittimo il diniego di autorizzazione per l'installazione di stazioni radio-base per telefonia mobile in ipotesi di cositing, ossia di realizzazione della nuova stazione radio-base in sito ove è già esistente un traliccio di altro operatore telefonico ed altra stazione radio base, specie ove il progettato intervento sia posto nelle immediate vicinanze di un sito scolastico (scuola materna).

Il co-siting è – nelle zone di insediamento residenziale – suscettibile di generare un'evoluzione peggiorativa dell'esposizione della popolazione nei pressi dei siti di co-localizzazione (Studio del Dipartimento di elettronica del Politecnico di Torino, commissionato dal Comune di Verbania) e che, a giudizio dell'ISPESL (relazione citata nei lavori preparatori della legge quadro sull'inquinamento elettromagnetico), studi epidemiologici suggeriscono un'associazione tra l'esposizione residenziale ai campi elettrici e magnetici di frequenze superiori a 50 Hz e leucemia infantile

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.3.2010, n. 1731
Concessione edilizia - ricostruzione porzione fabbricato - applicazione disposizioni previste per le ricostruzioni parziali - caso presenza, all'atto di rilascio concessione edilizia, alcuni muri perimetrali - legittimità.

E' legittima la concessione edilizia rilasciata per la ricostruzione di porzione di un fabbricato applicando le disposizioni previste per le ricostruzioni parziali (e quindi non rispettando le prescrizioni dello strumento urbanistico vigente previste per le nuove costruzioni, che nelle specie richiedevano una superficie minima edificabile di mq. 500, una distanza tra edifici di 10 ml. e dai confini laterali e interni di 5 ml.), nel caso in cui risulti che, all'atto di rilascio della concessione, il fabbricato, pur essendo privo di copertura, era composto da alcuni muri peri-

metrali (nella specie esisteva un muro perimetrale posto a sud est, un muro perimetrale posto a nord est e vi erano porzioni di muro sul lato nord, facenti parte della struttura portante dell'edificio originario), i quali fanno ritenere che il lotto non fosse del tutto non edificato ma che, al contrario, esistevano strutture di una certa consistenza, tali da poter consentire il richiamo alla disciplina comunale applicabile alle ricostruzioni parziali piuttosto che alle nuove costruzioni, con tutte le conseguenze in termini di rispetto di metratura, volumetria, distanze, che ne conseguono.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.3.2010, n. 1425
Ristrutturazione edilizia - crollo accidentale - irrilevanza.

Il crollo del manufatto (intervenuto accidentalmente mentre erano in atto lavori regolarmente assentiti con concessione edilizia finalizzata alla ristrutturazione edilizia dell'immobile) e la sua ricostruzione con caratteristiche volumetriche, di ingombro e ubicazionali corrispondenti a quelle sussistenti in precedenza non impediscono di ritenere che ci si trovi dinanzi ad una ristrutturazione edilizia nel senso previsto dall'art. 31 della l. 5.8.1978, n. 457.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.3.2010, n. 1369
Mutamento destinazione d'uso - da alberghiero a residenziale - possibilità - sussiste - presupposti.

Un immobile ad uso alberghiero può senz'altro ottenere il cambio di destinazione d'uso a residenza privata (con la mera comunicazione al Sindaco) ma deve rispettare tutti i parametri previsti dal Piano regolatore generale per gli immobili di tale ultima categoria. Così, i parcheggi per l'albergo sono una cosa diversa da quelli per le residenze private, per il cui primo, considerato in modo complessivo, non può essere trasposto "sic et simpliciter" per un immobile residenziale, in quanto, se il secondo è suddiviso in tanti appartamenti, bisogna dare la dimostrazione che ogni singolo appartamento ha il suo parcheggio.

Consiglio di Stato, Sez. IV, ord. 27.1.2010 n. 424

Distanze legali - computo - criteri.

In tema di distanze legali tra edifici, mentre non sono computabili le sporgenze estreme del fabbricato che abbiano una funzione meramente ornamentale, di rifinitura o accessoria di limitata entità, come le mensole, i cornicioni, le grondaie e simili, rientrano nel concetto civilistico di costruzione le parti dell'edificio, quali scale, terrazze e corpi avanzati che, seppur non corrispondano a volumi abitativi coperti, siano destinati a estendere e ampliare la consistenza del fabbricato (Cass., 10.9.2009, n. 19554).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.1.2010 n. 41

Pertinenze - nozione.

Secondo la costante giurisprudenza amministrativa, in materia urbanistica, a differenza che nella materia civilistica, possono costituire pertinenza solo i manufatti di dimensioni modeste e ridotte, inidonei, quindi, ad alterare in modo significativo l'assetto del territorio (nella specie battuto di cemento attiguo ad uno stabilimento industriale)

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.12.2009, n. 8934

PdC - cubatura - insufficienza - illegittimità - sussiste.

È illegittimo il permesso di costruire rilasciato per la sopraelevazione di un complesso condominiale, ove il Comune non abbia accertato la disponibilità della necessaria volumetria in capo al privato istante.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.12.2009 n. 8757

Oneri urbanizzazione - determinazione - livello urbanizzazione - irrilevanza.

Oneri urbanizzazione - aggiornamento quinquennale - comune - obbligo - sussiste.

L'art. 1, l. 28.1.1977 n. 10 ha introdotto il principio della onerosità delle concessioni edilizie, quale forma di partecipazione patrimoniale dei privati al pregiudizio economico gravante sulla collettività comunale per effetto della trasformazione del territorio. Discende da ciò che gli oneri di urbanizzazione sono dovuti in relazione alla zona ed alla disciplina vigente al momento della presentazione della domanda di permesso di costruire, a prescindere dalla si-

tuazione urbanizzativa dei luoghi in cui ricade l'intervento autorizzando.

Ai sensi dell'art. 7, l. 24.12.1993 n. 537, i Comuni devono aggiornare gli oneri di urbanizzazione ogni quinquennio, in conformità alle relative disposizioni regionali, in relazione ai riscontri dei prevedibili costi delle opere di urbanizzazione primaria, secondaria e generale.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21.12.2009, n. 8529

PdC - annullamento d'ufficio - condizioni.

PdC - illegittimità - risarcimento danno - presupposti.

È illegittimo il provvedimento di annullamento in autotutela di un concessione edilizia, intervenuto a notevole distanza di tempo dalla data del rilascio, quando l'80% dei lavori è eseguito, mutuato da una diversa interpretazione della disciplina urbanistica di riferimento e con totale obliterazione dell'affidamento del privato.

L'annullamento di una concessione edilizia riconosciuto illegittimo in sede giurisdizionale concreta indubbiamente la lesione di un interesse oppositivo, che la PA è tenuta a riparare mediante risarcimento del danno ingiusto subito dall'interessato, ove sia accertata la colpa, configurabile qualora l'atto amministrativo sia stato adottato ed eseguito in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, alle quali deve ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa e che costituiscono limiti esterni alla discrezionalità amministrativa (nella specie il tempo necessario per la conclusione del procedimento, in relazione alla complessità dell'istruttoria, è stato ritenuto elemento sufficiente al fine della valutazione della violazione dell'imparzialità)

TAR Abruzzo, Pe, Sez. I, 8.3.2010, n. 152

PdC - decadenza - presupposti - inizio lavori - sbancamento - insufficienza.

Per accertare se sussistono o meno i presupposti per la decadenza di una concessione edilizia, l'effettivo inizio dei lavori deve essere valutato non via generale ed astratta, ma con specifico riferimento all'entità ed alle dimensioni dell'intervento edificatorio programmato ed autorizzato, all'evidente scopo di evitare che il termine prescritto possa essere eluso con ricorso a lavori fittizi e simbolici e non oggettiva-

mente significativi di un effettivo intendimento del titolare della concessione di procedere alla realizzazione dell'opera assentita. Il semplice sbancamento del terreno e la predisposizione degli strumenti e materiali di costruzione non sono di norma sufficienti a manifestare una reale volontà di esecuzione del manufatto (occorrendo, a tal fine, anche la messa a punto dell'organizzazione del cantiere e altri indizi che dimostrino il concreto proposito di proseguire i lavori sino alla loro ultimazione), salvi i casi particolari in cui lo sbancamento, per interessare un'area di vaste proporzioni, costituisce sicuro indizio di un animus aedificandi e configura quindi valido avvio dei lavori, impedendo il verificarsi della decadenza della concessione.

TAR Lombardia, Br, 22.2.2010, n. 875

Restauro e risanamento conservativo.

Mediante il restauro e risanamento conservativo non si può modificare in modo sostanziale l'assetto edilizio preesistente, dovendosi porre in essere solo quegli interventi sistematici i quali, pur con rinnovo di elementi costitutivi dell'edificio preesistente, ne conservano tipologia, forma e struttura. Gli unici elementi nuovi che sono ammessi nelle opere di restauro e risanamento conservativo sono quegli elementi accessori e quegli impianti che sono richiesti dalle esigenze d'uso (come ad esempio gli impianti idrici, di condizionamento o di riscaldamento), purché l'inserimento degli stessi non alteri in modo rilevante la struttura originaria. Viceversa, non possono rientrare fra gli interventi di restauro e risanamento conservativo quelle opere che, se pure oggettivamente di non grande rilievo, hanno comunque una loro autonomia rilevante sotto il profilo edilizio perché prevedono l'aggiunta di nuove strutture alle parti preesistenti mediante interventi che travalicano quelli rivolti solo a conservare o proteggere le parti dell'edificio cui accedono, ovvero ad assicurarne la funzionalità o l'uso.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 11.2.2010, n. 712

Volume tecnico - nozione.

Sono volumi tecnici solo quelli adibiti alla sistemazione di impianti (riscaldamento ascensore ecc.) aventi un rapporto di strumentalità necessaria con l'utilizzo della costruzione e che

non possono essere ubicati all'interno della parte abitativa. A queste condizioni i volumi tecnici non rientrano nel conteggio dell'indice edificatorio, in quanto non sono generatori del c.d. carico urbanistico e la loro realizzazione è finalizzata a migliorare la funzionalità e la salubrità delle costruzioni (Nella specie è stato negato il carattere di volume tecnico ad una presunta serra bioclimatica avente le caratteristiche di un locale in muratura, caratterizzato dalla presenza di due ampie aperture, che risulta corredato di camino, videocitofono, porte, scala di collegamento (con termosifone) con l'abitazione sottostante).

TAR E. Romagna, Pa, Sez. I, 14.1.2010, n. 20

Vincolo indiretto - ratio.

Vincolo indiretto - contenuto – atipicità.

Vincolo indiretto - estensione.

Per costante giurisprudenza, l'imposizione del "vincolo indiretto" disciplinato dall'art. 49 del d. lgs. n. 490 del 1999, e ora dall'art. 45 del d. lgs. n. 42 del 2004, costituisce espressione della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, e si basa sull'esigenza che il bene di interesse storico-artistico sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale. Esso dunque si caratterizza per la funzione servente che le limitazioni alle attività umane prossime al bene protetto esercitano rispetto alla valorizzazione dell'interesse storico-artistico allo stesso connaturato.

Il "vincolo indiretto" non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene – fino alla inedificabilità assoluta –, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di scongiurare un vulnus ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni protetti, difesa della prospettiva e della luce degli stessi, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a ricomprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si valuta idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali che connotano lo spazio circostante.

Per la legittimità dell'imposizione del vincolo indiretto alla fascia circostante il bene di interesse storico-artistico è sufficiente che l'ammi-



nistrazione dia adeguato conto della necessità di date misure per la tutela della c.d. “cornice ambientale” del bene protetto, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale.

ABUSI EDILIZI

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.1.2010, n. 45

Mutamento destinazione d'uso - nozione condono - presupposti.

Il mutamento abusivo di destinazione di uso di un immobile senza l'esecuzione di opere edilizie, realizzato in contrasto con le previsioni degli strumenti urbanistici normativi o amministrativi (regolamenti edilizi, atti di concessione, ecc.), deve comportare una traslazione non precaria dall'una all'altra delle categorie urbanistiche considerate dalla normativa vigente (uso residenziale, uso agricolo, uso industriale, uso commerciale). Nel caso di mutamento abusivo senza opere edilizie della destinazione di un immobile, il rilascio della concessione in sanatoria è ammesso solo quando, sulla base di elementi obiettivi, sia possibile verificare in concreto l'uso diverso da quello assentito.

TAR Liguria, sez. I, 6.3.2010, n. 981

Mutamento destinazione d'uso - senza opere edilizie - da commerciale ingrosso a uffici - caso passaggio dell'immobile a differenti ca-

tegorie funzionali - D.I.A. - necessità - sussiste - l. r. Liguria n. 25 del 1995, e n. 16 del 2008.

Il mutamento di destinazione d'uso di un immobile senza opere edilizie, ove, a seguito dello stesso, si realizzi un passaggio a diverse categorie funzionali, come definite della l. r. Liguria n. 25 del 1995, deve ritenersi assoggettato - in forza di quanto previsto dall'art. 23 della l. r. Liguria n. 16 del 2008 ed in considerazione della sua rilevanza urbanistico-edilizia - alla denuncia di inizio attività (fattispecie avente ad oggetto il cambiamento della destinazione d'uso di un immobile da commerciale all'ingrosso, ad uffici).

TAR Lazio, Lt, I, 23.2.2010, n. 142

Lottizzazione abusiva - materiale - perfezionamento.

L'art. 18 l. 47/85 configura due distinte fattispecie di lottizzazione abusiva: la prima "negoziale", che si concretizza nell'ipotesi di trasferimento in proprietà di una o più particelle che vengono appunto staccate da un fondo di maggiore estensione, in funzione di una finalità edificatoria non consentita; laddove, la seconda "materiale", non postula che siano realizzate delle vere e proprie costruzioni abusive, essendo sufficiente la sussistenza di opere le quali, pur se nella fase iniziale, denotino che è stato iniziato o è in corso un procedimento di trasformazione urbanistica ed edilizia del terreno, in contrasto con le norme vigenti.

«.....GA.....»

- PAESAGGIO -

dell'Avv. Paolo Pittori

TAR Lazio, Lt, Sez. I, 3.3.2010 n. 203

Autorizzazione paesaggistica - ente parco - Silenzio assenso - esclusione.

L'art. 20, co. 4, l. 7.8.1990, nel testo modificato ed integrato dalla novella del 2005, ha espressamente escluso il ricorso allo strumento del silenzio assenso in materia paesaggistica ed ambientale e detta disciplina sopravvenuta ha comportato l'abrogazione tacita della disposizione dell'art. 13 della l. 394/91 consentendo, quindi, all'Ente Parco di pronunciarsi espressamente sulla domanda anche oltre il termine di sessanta giorni.

TAR Lazio, Lt, I, 15.2.2010 n. 87

Autorizzazione paesaggistica - interessi valutabili.

Per costante acquisizione il parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, espressione di discrezionalità tecnica, deve inere alla valutazione della compatibilità o meno di un dato intervento edilizio con le esigenze di tutela paesistica sottese all'imposizione del vincolo stesso ed indicare quindi, sia pure in forma sintetica, i motivi per i quali la costruzione, per le sue caratteristiche architettoniche ed estetiche, viene giudicata pregiudizievole dell'integrità del contesto ambientale in cui si inserisce, rimanendo così esclusa ogni valutazione di altri aspetti riferibili a distinte funzioni

e diversi contesti normativi.

TAR Veneto, Sez. II, 11.2.2010 n. 452

Autorizzazione paesaggistica - termine di efficacia - sussiste.

Ai sensi dell'art. 16 r.d. 3.6.1940, n. 1357, da ritenersi ancora in vigore giusta la previsione dell'art. 158 d. lgs. 42/2004, la durata del nulla osta paesaggistico è quinquennale, al fine di consentire all'amministrazione di compiere, alla scadenza dei cinque anni, nuovi accertamenti e valutazioni al fine di stabilire se l'opera risulti incompatibile con gli interessi pubblici in tema di bellezze naturali che si intendono salvaguardare.

TAR Campania, Na, Sez. IV, 4.2.2010, n. 567

Abuso commesso in zona vincolata - repressione - competenza comunale - sussiste.

Per la repressione di abusi commessi in zona vincolata sussiste una concorrente competenza del Comune, quale autorità preposta all'osservanza della normativa edilizia ed urbanistica e della Soprintendenza, quale autorità preposta alla vigilanza sul vincolo storico e artistico, salvo l'obbligo dell'Autorità comunale della previa comunicazione all'Autorità che deve salvaguardare il vincolo, la quale può eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa.

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

C. giust. CE, Sez. Grande, 9.3.2010 (C-378/08)
Inquinamento - chi inquina paga - nesso di causalità - vicinanza.

Quando, in un'ipotesi d'inquinamento ambientale, non sono soddisfatti i presupposti d'applicazione ratione temporis e/o ratione materiae della dir. del Parlamento europeo e del consiglio 21.4.2004, 2004/35/CE, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, un'ipotesi del genere dovrà essere allora disciplinata dal diritto nazionale, nel rispetto delle norme del Trattato e fatti salvi altri eventuali atti di diritto derivato. La dir. 2004/35 non osta a una normativa nazionale che consente all'autorità competente, in sede di esecuzione della citata direttiva, di presumere l'esistenza di un nesso di causalità, anche nell'ipotesi di inquinamento a carattere diffuso, tra determinati operatori e un inquinamento accertato, e ciò in base alla vicinanza dei loro impianti alla zona inquinata. Tuttavia, conformemente al principio «chi inquina paga», per poter presumere secondo tale modalità l'esistenza di un siffatto nesso di causalità detta autorità deve disporre di indizi plausibili in grado di dare fondamento alla sua presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività. Gli artt. 3, n. 1, 4, n. 5, e 11, n. 2, della direttiva 2004/35 devono essere interpretati nel senso che, quando decide di imporre misure di riparazione del danno ambientale ad operatori le cui attività siano elencate nell'all. III a detta direttiva, l'autorità competente non è tenuta a dimostrare né un comportamento doloso o colposo, né un intento doloso in capo agli operatori le cui attività siano considerate all'origine del danno ambientale. Viceversa spetta a questa autorità, da un lato, ricercare preventivamente l'origine dell'accertato inquinamento, attività riguardo alla quale detta autorità dispone di un potere discrezionale in merito alle procedure e ai mezzi da impiegare, nonché alla durata di una ri-

cerca siffatta. Dall'altro, questa autorità è tenuta a dimostrare, in base alle norme nazionali in materia di prova, l'esistenza di un nesso di causalità tra l'attività degli operatori cui sono dirette le misure di riparazione e l'inquinamento di cui trattasi.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 22.3.2010, n. 1635
Risparmio energetico - certificati bianchi - livello massimo di inquinamento.

I certificati bianchi vengono rilasciati in favore di imprese che dimostrano il conseguimento di obiettivi di risparmio energetico; essi possono essere utilizzati dalle medesime imprese o da altre imprese a cui vengono ceduti verso corrispettivo, per superare i limiti di inquinamento imposti a ciascuna impresa. In sintesi, in ossequio al principio chi inquina paga, il cui rovescio è il principio chi non inquina è pagato, il livello massimo di inquinamento non può comunque essere superato, salvo compensazioni interne tra soggetti che inquinano di più e soggetti che inquinano meno. Questo meccanismo postula che i progetti di riduzione di inquinamento siano effettivi, altrimenti i c.d. certificati bianchi, rilasciati a fronte di mancata riduzione dell'inquinamento, porterebbero al paradossale risultato, opposto all'obiettivo per cui sono nati, di consentire l'aumento del tasso complessivo di inquinamento, con evidente danno per l'umanità e l'ambiente a livello globale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.3.2010, n. 1503
Bonifica siti inquinati - proprietario - comune.

Il comune, relativamente ad un intervento di bonifica di un'area inquinata viene chiamato alla refusione dell'intervento per un duplice ordine di responsabilità. Se è pur vero che il proprietario è obbligato entro i limiti di valore del bene, tale criterio non può certo predicarsi per il soggetto titolare di diritti reali che la normativa primaria individua come responsabile della gestione territoriale nel suo complesso, qual è il comune ex art. 4 della l. 28.2.1985, n. 47. Rispetto a quest'ultimo valgono evidente-

mente gli oneri complessivi riferibili alla realizzazione del piano di bonifica, tutte le volte che lo stesso non sia assistito da specifico finanziamento.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.2.2010, n. 1142
VIA - differenza tra progetto definitivo e preliminare - rinnovazione istruttoria.

Il co. 4 dell'art. 42 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, prevede, in tema di progetti sottoposti a VIA in sede regionale o provinciale, che "Qualora si accerti che il progetto definitivo differisce da quello preliminare quanto alle aree interessate oppure alle risorse ambientali coinvolte, o comunque che risulta da esso sensibilmente diverso, l'autorità competente adotta i provvedimenti relativi all'aggiornamento dello studio di impatto ambientale e dispone la nuova pubblicazione dello stesso, anche ai fini dell'invio di osservazioni da parte dei soggetti pubblici e privati interessati". In altri termini, anche in caso di progetto "sensibilmente diverso", la norma impone la rinnovazione dell'istruttoria ai fini del rilascio della VIA; a maggior ragione, il successivo procedimento autorizzatorio non può che svolgersi sullo stesso progetto che la VIA abbia ottenuto, sicché, nel caso di variazioni sostanziali del medesimo che portino ad un progetto "sensibilmente diverso" deve al riguardo essere acquisita nuova VIA su quest'ultimo, pena altrimenti l'elusione del giudizio di compatibilità ambientale e restando ovviamente irrilevante l'istruttoria compiuta sul progetto variato in sede di conferenza di servizi.

TAR Piemonte, Sez. I, 24.3.2010, n. 1575
Inquinamento - presunzione responsabilità - "più probabile che non".

Sotto il profilo causale, anche in campo amministrativo-ambientale non può non valere la regola, codificata nel processo civile (nel leading case di cui alla pronuncia della Cassazione civile, sez. un., 11.1.2008, n. 581) del "più probabile che non". Secondo tale regola, ai sensi degli art. 40 e 41 c.p., un evento è da considerarsi causa di un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo; ma l'applicazione di tale principio, temperato dalla regolarità casuale, ai fini della ricostruzione del nesso ezi-

logico, va applicata alla peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile o amministrativa, dove muta la regola probatoria. Pertanto, mentre ai fini della responsabilità penale vige la regola della prova oltre il ragionevole dubbio, nel processo civile, così come nel campo della responsabilità civile o amministrativa, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non, facilmente riscontrabile, come il fatto che nel terreno oggetto dei campionamenti da parte dell'ARPA, vengano riscontrate tracce intollerabili di inquinanti tipicamente riconducibili all'attività svolta sul terreno anche indipendentemente dalla proprietà dello stesso.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 19.3.2010, n. 1313
Inquinamento - bonifica - intervento comune - proprietario - impugnazione.

Ai fini dell'acquisizione della disponibilità di un'area inquinata da parte del Comune è sufficiente la mera circostanza di fatto dell'omessa bonifica, non essendo necessario l'accertamento dell'inadempimento ad un ordine di bonifica o l'accertamento della responsabilità del proprietario. Il comune, accertata la mancata bonifica intesa comunque come passaggio necessario, provvede alla bonifica dell'area a prescindere dall'intervento del soggetto responsabile dell'inquinamento, nei cui confronti potranno poi essere eventualmente esercitate le dovute azioni di regresso. Infine quanto al proprietario dell'area questi può dedurre un'illegittimità del procedimento di occupazione d'urgenza solo in quanto posto in essere senza aver formalmente consentito al proprietario di valutare l'opzione di provvedere esso stesso alla bonifica.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 2.2.2010, n. 521
Ambiente - legittimazione e l'interesse ad agire - ente locale.

La legittimazione e l'interesse ad agire dell'ente locale in materia ambientale, in quanto titolare di un interesse collettivo, è riconosciuta dalla giurisprudenza fin da TAR Lazio 1064/90 (secondo cui "Il comune, quale ente territoriale esponenziale di una determinata collettività di cittadini della quale cura istituzionalmente gli interessi a promuovere lo sviluppo, è pienamente legittimato ad impugnare

dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti ritenuti lesivi dell'ambiente”) ed è confermata da giurisprudenza successiva (CdS, sez. IV, 6.10.2001, n. 5296: ad un comune va riconosciuta la legittimazione ad impugnare il provvedimento di approvazione di una discarica da localizzare nel suo territorio, sia per la qualità di ente esponenziale degli interessi dei residenti che potrebbero subire danni dalla scelta compiuta dall'autorità competente nell'individuazione delle aree per l'attivazione dell'impianto di discarica, sia per la qualità di titolare del potere di pianificazione urbanistica, su cui certamente incide la collocazione dell'impianto medesimo). Sarebbe d'altronde alquanto irragionevole riconoscere legislativamente all'ente territoriale la possibilità di agire in giudizio (in via successiva) per il risarcimento del danno all'ambiente (come fa l'art. 18, co. 3, l. 349/86), e negargli invece la possibilità di agire (in via preventiva) per impedire la produzione di quello stesso danno. Sarebbe altrettanto irragionevole riconoscere la titolarità di un interesse collettivo ad associazioni ambientaliste, il cui collegamento con il territorio interessato dall'abuso è talora costituito soltanto dal fine statutario, e non individuarlo nell'ente istituzionalmente esponenziale della comunità di riferimento.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 29.1.2010, n. 420
Attività insalubri - istruttoria - emergenza non necessaria.

Il potere di intervento di cui all'art. 216 del T.U. delle leggi sanitarie ha conferito ai comuni la possibilità di precludere l'esercizio dell'attività insalubre, anche prescindendo da situazioni di emergenza e dall'autorizzazione a suo tempo rilasciata, a condizione però che siano dimostrati, da congrua e seria istruttoria, gli inconvenienti igienici e che si sia vanamente tentato di eliminarli. Né è sufficiente la circostanza per cui l'attività, risultando insediata in zona residenziale, sarebbe incompatibile sia con lo strumento urbanistico vigente. A tal fine basti ricordare che, alla luce dell'art. 216 citato e della giurisprudenza formatasi sulla sua interpretazione: “l'insediamento di una industria insalubre nell'ambito di centri abitati o di aree paesaggisticamente sensibili non è vietato in assoluto, essendo subordinato alla verifica di

compatibilità dell'impianto con il contesto di riferimento: ai sensi dell'art. 216 co. 5, r.d. n. 1265 del 1934, è consentita la permanenza di un'industria insalubre di prima classe nell'abitato, allorché sia provato che il suo esercizio, per le speciali cautele introdotte, non rechi danno alla salute dei residenti”. Anche sotto il profilo urbanistico, quindi, l'intervento del Comune ai sensi dell'art. 216 del T.U.L.S. deve essere preceduto da un'adeguata istruttoria volta ad accertare gli eventuali rischi per la salute dei residenti.

TAR Lombardia, Br,I, 22.1.2010, n. 211

VIA - AIA - connessione tra le due autorizzazioni - impugnazione autonoma.

Nell'impostazione originaria del d.P.R. 12.4.1996 l'impatto ambientale di un'opera o di un impianto era misurato esclusivamente attraverso la procedura di VIA (previo esame dell'assoggettabilità qualora il progetto non rientrasse nei casi di VIA codificati). Alla decisione sulla VIA si collegavano poi le singole autorizzazioni necessarie per la realizzazione dell'opera o il funzionamento dell'impianto. Con l'introduzione dell'AIA tutte queste autorizzazioni sono state raggruppate in un giudizio complessivo e ad ampio raggio. Nell'AIA sono tra l'altro confluite (v. allegato II del d. lgs. 59/2005) l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera di cui al d.P.R. 203/1988, l'autorizzazione allo scarico di cui al d. lgs. 152/1999, l'autorizzazione alla realizzazione e modifica di impianti di smaltimento o recupero di rifiuti ex art. 27 del d. lgs. 22/1997, nonché l'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento o recupero di rifiuti ex art. 28 del d. lgs. 22/1997. Formalmente è rimasta autonoma la procedura di VIA, che deve precedere il rilascio dell'AIA e ne condiziona il contenuto (v. art. 5 co. 12 e art. 7 co. 2 del d. lgs. 59/2005). È però evidente che l'ampiezza delle valutazioni svolte in relazione all'AIA si riflette sulla procedura di VIA, nella quale assumono rilievo necessariamente anche gli studi effettuati in vista del rilascio dell'AIA. L'impatto ambientale di un'opera o di un impianto non potrebbe infatti essere compiutamente inquadrato senza prendere in considerazione gli approfondimenti tecnici che conducono al rilascio dell'AIA e alla contestuale formulazione dei li-

miti relativi alla produzione di inquinanti (v. art. 7 coo. 3 e 4 del d. lgs. 59/2005). In pratica non è possibile decidere sulla VIA senza conoscere anticipatamente il materiale tecnico dell'AIA, intendendo per tale non solo le analisi tecniche ma anche le prescrizioni (o gli schemi di prescrizione) che limitano e indirizzano il contenuto del progetto. Il fatto che la VIA e l'AIA tendano ormai a formare un unicum non impedisce tuttavia l'impugnazione separata dei relativi atti, in quanto se il materiale tecnico è comune rimangono diversi gli effetti giuridici dei provvedimenti finali. Con la VIA (e con la valutazione di assoggettabilità) viene emessa una pronuncia sulla localizzazione dell'opera o dell'impianto. Chi si oppone alla localizzazione scelta (o al giudizio circa l'idoneità dell'area a sostenere le modifiche strutturali o gli ampliamenti di opere e impianti già esistenti) ha interesse a impugnare in modo autonomo il relativo provvedimento, ottenendo così anche un effetto inibitorio sull'AIA. D'altra parte l'impugnazione degli atti relativi alla VIA deve comunque essere seguita dall'impugnazione del rilascio dell'AIA, perché l'oggetto della VIA è definito dalle prescrizioni formulate contestualmente all'AIA, e pertanto è il provvedimento favorevole su quest'ultima che stabilisce a quali condizioni l'impatto ambientale sia accettabile. Questo fenomeno è particolarmente evidente nel caso di modifiche strutturali o ampliamenti che riguardino impianti esistenti, in quanto nella procedura di rilascio dell'AIA devono essere prese in considerazione anche le BAT (v. art. 4, art. 7 co. 4, art. 8 del d. lgs. 59/2005) e dunque sono privilegiate le valutazioni relative all'efficienza (in termini di riduzione dell'inquinamento) rispetto ai giudizi astratti sulla localizzazione dell'attività.

TAR Piemonte, Sez. I, 15.1.2010, n. 234

VIA - inadempimento prescrizioni - sanzionamento successivo ai controlli.

Qualora un progetto sia assoggettato a valutazione di impatto ambientale, interessando un sito di interesse comunitario (SIC) e una o più zone speciali di conservazione, e ove la procedura di VIA si sia conclusa favorevolmente, non occorre effettuare la valutazione di incidenza del progetto sull'ambiente, posto che in tal caso la procedura di VIA tiene conto anche degli ef-

fetti diretti ed indiretti del progetto sugli habitat naturali e sulle specie animali. Il contenuto determinativo di un provvedimento è costituito non solo dalla parte dispositiva ma anche dalla parte prescrittiva, rappresentata dall'insieme delle prescrizioni che circondano il rilascio di un titolo autorizzatorio ed entrano a far parte del dispositivo dell'atto, il quale va giudicato, in rapporto al parametro normativo di riferimento, nella sua integralità determinativa, costituita anche dalle prescrizioni imposte al soggetto beneficiario del provvedimento ampliativo, conseguendone che il comportamento divergente ed inadempiente del destinatario non si riverbera ex post sulla legittimità del provvedimento amministrativo autorizzatorio, che rimane invulnerata, potendo e dovendo l'inottemperanza de qua rilevare in occasione e sede di controlli che la PA potrà effettuare, il cui negativo esito potrà condurre anche alla revoca sanzionatoria dell'autorizzazione.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 15.1.2010, n. 157

Impianti eolici - autorizzazione - regione - potere di veto del comune - esclusione.

Ai sensi dell'art. 12 d. lgs. 387/2003, la competenza a rilasciare l'autorizzazione per la realizzazione dell'impianto eolico spetta alla regione (o alla provincia delegata dalla regione stessa) e dunque la regione non può, di fatto, riconoscere al comune un potere di veto che il legislatore ha inteso escludere. Infatti, è vero che l'art. 27 co. 44 della l. 44/2009 ha soppresso, nel co. 4 dell'art. 12 d. lgs. 387/2003, l'inciso in forza del quale "In caso di dissenso, purché non sia quello espresso da una amministrazione statale preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, o del patrimonio storico-artistico, la decisione, ove non diversamente e specificamente disciplinato dalle regioni, è rimessa alla Giunta regionale ovvero alle Giunte delle province autonome di Trento e di Bolzano". Tuttavia, ai sensi del co. 3 dell'art. 12, la competenza a rilasciare l'autorizzazione unica resta in capo alla regione o alla provincia delegata dalla regione: non è condivisibile l'assunto in forza del quale deve essere riconosciuto al comune una sorta di potere di veto. Tale conclusione contrasterebbe con la lettera e la ratio dell'art. 12 d. lgs. 387/2003, che al contrario ha inteso semplificare e snellire la

procedura, al fine di favorire l'istallazione di impianti destinati alla produzione delle energie rinnovabili. Il potere pianificatorio del comune in materia di istallazione dei predetti impianti non permette al comune stesso di costituire una società partecipata dallo stesso per ottenere la priorità nella costruzione di impianti eolici nel territorio rispetto alle domande già presentate da società private. Si tratta di una finalità palesemente estranea a quelle istituzionali dell'ente locale.

TAR Campania, Na, Sez. V, 12.1.2010, n. 70
Silenzi-inadempimento - titolarità dell'azione - soggetto - prossimità.

L'azione avverso il silenzio-inadempimento della PA non può valere a tutelare nella forma dell'azione individuale domande, reclami e pretese che possono essere fatti valere uti civis, che attengono, cioè, al buon funzionamento della funzione pubblica e alla cura efficace della qualità ambientale e della salute umana. Occorre sempre bene distinguere la pretesa di buon andamento della funzione e dei servizi pubblici, reclamabile nella sede civica e politica della partecipazione democratica, dalla pretesa di provvedimento specifico a sé favorevole fondata su di una posizione qualificata e differenziata che legittimi al procedimento, al provvedimento e, quindi, alla conseguente azione avverso il silenzio illegittimo dell'amministrazione. Una cosa sono i "propri diritti e interessi legittimi" contemplati dall'art. 24 della cost. e dall'art. 100 c.p.c., cui è data azione in giudizio, altra cosa sono gli interessi generali, diffusi, che appartengono alla collettività e al singolo cittadino, ma come parte della collettività, per l'appunto, non come singolo individuo. Nel caso di interesse alla bonifica dei siti contaminati dall'amianto si tratta di un interesse generale, un interesse pubblico, cui corrisponde, sì, un dovere funzionale delle PA competenti, ma non anche una pretesa differenziata e qualificata, suscettibile di tradursi in un'azione giudiziaria individuale, dei singoli soggetti prossimi allo specifico sito da bonificare.

TAR Campania, Na, Sez. V, 12.1.2010, n. 68
Accesso alle informazioni ambientali - limiti

- accesso "passivo" e "attivo".

L'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali non si assoggetta ai limiti soggettivi e oggettivi propri dell'accesso ai documenti amministrativi, ma resta comunque subordinato a un principio generale di proporzionalità, di economicità e di ragionevolezza, per cui possono consentirsi solo gli accessi che non si traducano in uno sproporzionato aggravio per la PA, tale da metterne in pericolo l'efficienza gestionale, a fronte di esigenze informative del cittadino che meglio potrebbero e dovrebbero essere soddisfatte in sede di informazione ambientale "attiva" apprestata dalle amministrazioni competenti (piuttosto che nella più onerosa forma "passiva" dell'accesso, mediante visione ed estrazione di copia, ai documenti preesistenti o all'uso formati dall'amministrazione). Più nel dettaglio, se è vero che il diritto di accesso alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale, giusta anche le previsioni della convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia con la l. 16.3.2001, n. 108, non è sottoposto al filtro soggettivo, potendo essere esercitato da chiunque, "senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante", né al limite oggettivo proprio della l. n. 241 (potendo riguardare anche informazioni da elaborare appositamente, e non soltanto documenti già formati ed esistenti presso l'amministrazione), è altresì vero che l'obbligo delle amministrazioni di rendere disponibili le informazioni ambientali può e deve essere assolto non solo mediante accesso cd. "passivo" (ossia mediante accoglimento delle specifiche domande di accesso dei cittadini), ma anche e soprattutto mediante informazione "attiva", ossia mediante pubblicazione, anche sui siti internet, di tutti i flussi informativi (spesso anche voluminosi) relativi allo stato dell'ambiente. Il che implica che informazioni voluminose e massicce, o di contenuto oggettivo molto ampio, quali ben dovrebbero essere rese acquisibili attraverso l'informazione attiva, piuttosto che essere fatte oggetto di accesso "passivo" documentale, che costituisce una modalità notevolmente più impegnativa e laboriosa, sia per l'amministrazione che per il cittadino.

- OSSERVATORIO PENALE -

del Dott. Andrea Valerio Cambi

Cass. Pen, Sez. III, 9.4.2010 n. 13492

Ristrutturazione edilizia - restauro e risanamento conservativo - elementi differenziali.

L'abbattimento e la ricostruzione di un fatiscante fabbricato di dimensioni maggiori ed in posizione difforme rispetto a quella precedente, deve essere inquadrato come intervento di ristrutturazione edilizia per il quale si richiede il permesso di costruire ai sensi dell'art. 10, lett. c, d.P.R. 380/01 e non già di risanamento conservativo e restauro. Infatti la caratteristica essenziale della categoria del restauro e risanamento conservativo è quella della conservazione di un organismo edilizio preesistente assicurandone la funzionalità, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali preesistenti. Mentre nel caso di meri "ruderi" o di edifici già da tempo demoliti l'intervento edilizio deve essere necessariamente inquadrato nella diversa fattispecie della "nuova costruzione".

Cass. Pen., Sez. III, 8.4.2010 n. 13215

L. 10/1977 - lottizzazione abusiva - nozione.

Per la configurabilità del reato di cui all'art. 17 lett. b l. 10/1977, la nozione di lottizzazione abusiva a scopo edilizio comprende i casi di frazionamento di area nonché qualsiasi forma di frazionamento urbano, non autorizzato, realizzato attraverso l'utilizzazione edilizia del territorio. Anche nella versione originaria di cui alla l. 10/1977, dunque, il reato di lottizzazione abusiva si estrinseca sia nel compimento di atti giuridici, come la suddivisione del terreno e l'alienazione dei lotti fabbricabili, sia nella esplicazione di attività materiali, come la costruzione di edifici o la delimitazione dei singoli lotti, richiedendosi solo che gli anzidetti atti ed attività risultino funzionalizzati ad un nuovo insediamento urbano e quindi limitino o condizionino, con ostacoli di fatto o di diritto, la riserva pubblica di programmazione territoriale.

Cass. Pen., Sez. III, 23.2.2010, n. 7114

PdC - decadenza - inizio lavori - nozione.

Costruzione abusiva - zona vincolata - art. 181 d. lgs. 42/04 - nulla osta ex l. 1089/39 - irrilevanza.

PdC - decadenza - rinnovo - situazione di fatto e di diritto precedente - irrilevanza.

L'art. 15, co. 2, d.P.R. 380/2001 sancisce la decadenza del permesso di costruire per decorso del termine di inizio o di ultimazione dei lavori. La legge non precisa la nozione di "inizio dei lavori": tale nozione, però, secondo l'interpretazione giurisprudenziale costante, deve intendersi riferita a concreti lavori edilizi. In questa prospettiva i lavori debbono ritenersi "iniziati" quando consistano nel concentramento di mezzi e di uomini, cioè nell'impianto del cantiere, nell'innalzamento di elementi portanti, nella elevazione di muri e nella esecuzione di scavi coordinati al gettito delle fondazioni del costruendo edificio. Va salvaguardata, infatti, l'esigenza di evitare che il termine prescritto possa essere eluso con ricorso ad interventi fittizi e simbolici. I soli lavori di sbancamento, non accompagnati dalla compiuta organizzazione del cantiere e da altri indizi idonei a confermare l'effettivo intendimento del titolare del permesso di costruire di addivenire al compimento dell'opera assentita, attraverso un concreto, continuativo e durevole impiego di risorse finanziarie e materiali - non possono ritenersi idonei a dare dimostrazione dell'esistenza dei presupposti indispensabili per configurare un effettivo inizio dei lavori.

Ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 181 d. lgs. 42/2004 in relazione al vincolo paesaggistico ex art. 142, lett. m, del medesimo testo normativo il rilascio del nulla osta ad opera dell'Amministrazione archeologica non assume alcuna rilevanza. Invero la tutela del d.lgs. 42/04 non risiede nell'elemento morfologico, bensì in quello ubicazionale, in quanto l'ambito territoriale viene connotato come meritevole di tutela paesistica, indipendentemente da un intrinseco pregio paesistico o morfologico, per la relazione spaziale con particolari presenze di rilievo archeologico, sicchè il tipo di zona in questione è protetto per l'attitudine che il suo profilo presenta alla conserva-

zione del contesto di giacenza del patrimonio archeologico in esso localizzato.

Essa è dunque distinta da quella di cui alla l. 1089/1939, avendo ad oggetto non già i beni riconosciuti di interesse archeologico ma piuttosto il territorio nel quale essi insistono. L'interesse archeologico, infatti, dopo la l. 431/1985, costituisce oggetto di due tipi di tutela ai quali si correlano due distinti titoli autorizzatori: quello riferito al patrimonio storico-artistico (di cui alla l. 1089/1939) e quello paesistico, riguardanti ambiti che non si sovrappongono, per la diversità dell'oggetto materiale oltre che delle dimensioni spaziali.

L'amministrazione comunale, in sede di rilascio di nuovo permesso susseguente alla decadenza di altro già assentito, non può ritenersi vincolata da quello precedentemente dato, poiché si trova di fronte ad una istanza del tutto nuova, da esaminare in relazione alle condizioni di fatto e di diritto esistenti al momento della presentazione.

Cass. Pen., Sez. III, 18.2.2010, n. 6642

PdC - elaborati grafici - falsità - art. 480 c.p. - integrazione.

Falsità ideologica in autorizzazioni amministrative - reato impossibile - dovere di controllo - irrilevanza.

Il committente e progettista che ottengano permesso di costruire inducendo in errore i responsabili dell'ufficio tecnico comunale con elaborati e documentazione riportanti dati falsi rispondono del reato p.e.p. dall'art. 480 c.p. che concerne le autorizzazioni amministrative. La licenza edilizia (poi denominata concessione edilizia ed ora permesso di costruire) invero rimuove i limiti di natura pubblicistica all'esercizio di un diritto preesistente in capo al destinatario dell'atto e non ne costituisce, o trasferisce, uno nuovo.

Ciò in quanto lo jus edificandi, anche secondo la giurisprudenza costituzionale, inerisce alla proprietà (ed alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire), ma deve essere esercitato secondo la disciplina del regime

dei suoli che tiene opportunamente conto della molteplicità degli interessi collettivi. Il provvedimento amministrativo ha lo scopo di accertare la esistenza delle condizioni previste dall'ordinamento per la legittima esplicazione del diritto ad edificare. Tale provvedimento, inoltre, è carente delle caratteristiche e dei requisiti essenziali propri della concessione amministrativa (revocabilità, discrezionalità, intuitus personae, incommerciabilità). Invero, il proprietario ha il diritto ad edificare se la costruzione è rispettosa delle norme urbanistiche ed, in tale ipotesi, il permesso di costruire è atto dovuto, irrevocabile (anche in caso di sopravvenienza di diversa valutazione degli interessi collettivi) e trasmissibile con l'immobile al quale accede.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 49 c.p. con conseguente configurazione di un reato impossibile la idoneità offensiva della condotta di falso deve essere valutata con riguardo alle circostanze del caso concreto e con criterio ex ante, non rilevando a tal fine il dovere di verifica del responsabile del competente ufficio. Invero la realizzazione di non veritieri documenti destinati alla produzione in un procedimento amministrativo integra l'illecito penale anche quando le regole di quel procedimento impongono un controllo di quanto attestato dal privato.

La circostanza che i dati debbano essere oggetto di verifica non esclude la responsabilità per la falsa attestazione: il bene tutelato nelle varie disposizioni in tema di falsità ideologica non è solo l'affidamento del destinatario dell'atto, ma anche la fiducia che la generalità dei consociati deve poter riporre in taluni atti provenienti da soggetti qualificati.

In particolare, l'autore di false attestazioni che sono alla base del provvedimento del pubblico ufficiale può non rispondere del falso per induzione nella sola ipotesi in cui il secondo sia caduto in errore esclusivamente per causa propria e non anche quando l'inganno del decipiens e la colpa del deceptus concorrono alla produzione dell'evento.

PARERI



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

1. L'ACQUISIZIONE DELL'AREA

DOMANDA

L'ente ha provveduto a respingere istanza di sanatoria per opera abusiva, in quanto carente di parere ambientale in area vincolata. Il proprietario ha presentato istanza al TAR non ancora definita. Si chiede se sia possibile, avendo il comune nel frattempo non ancora provveduto alla demolizione e all'acquisizione dell'area, accogliere nuova istanza di permesso a costruire previa demolizione e ricostruzione del manufatto con relativa richiesta di parere ambientale se ed in quanto questo ultimo sia rilasciato. Oppure l'acquisizione dell'area è diventato un fatto ineludibile ed obbligatorio?

RISPOSTA

Come previsto all'art. 31, co. 3, del d.P.R. n. 380/01, e come ripetuto più volte dalla più recente giurisprudenza, "in materia edilizia, l'acquisizione al patrimonio comunale del manufatto e dell'area di sedime conseguente all'inottemperanza all'ordine di demolizione delle opere abusive impartito al contravventore dallo stesso ente comunale si verifica ope legis alla inutile scadenza del termine di giorni novanta fissato per detta ottemperanza, senza che possa avere rilievo l'ulteriore adempimento della notifica all'interessato dell'accertamento formale dell'inottemperanza, unicamente idoneo a consentire all'ente l'immissione in possesso e la trascrizione nei registri immobiliari del titolo dell'acquisizione" (Cass., sez. III, 28.11.2007; V. anche Cass., sez. III, 16.3.2005; Cass., sez. III, 16.11.2004; Cass., Sez. III, 8.10.2009).

Pertanto sulla base di tali principi si può ritenere che la presentazione di una nuova istanza di permesso a costruire sulla stessa area di sedime possa essere ammessa solo se l'interessato abbia dato tempestivamente (entro i cit. 90 gg.) esecuzione all'ingiunzione del comune a provvedere alla demolizione del manufatto abusivo e non si sia perciò verificata l'acquisizione del bene e della relativa area a favore del comune stesso ai sensi del cit. co. 3 (salvo ovviamente l'esito del giudizio al TAR nel frattempo intrapreso).

«.....GA.....»

2. GLI ONERI DI URBANIZZAZIONE

DOMANDA

Questo comune, in passato, per il calcolo del contributo di costruzione riguardante le attività produttive, ha sempre computato quale superficie utile per il calcolo dell'importo degli oneri di urbanizzazione, anche le superfici esterne adibite ad attività lavorativa, quali depositi di materiali a cielo aperto, stoccaggio materiali o "aree di lavorazione", così come individuate sugli elaborati progettuali dalle ditte, e riguardanti attività che interessano evidentemente il loro processo produttivo.

Si ribadisce che tali superfici non costituiscono superficie coperta o volume, ma sono dei piazzali scoperti pavimentati, ma in alcuni casi anche non pavimentati (terra battuta), al di sopra dei quali si svolge una cosiddetta "attività lavorativa", oppure vi si deposita del materiale per la successiva lavorazione o spedizione.

Ora, a seguito contenzioso proposto da una

ditta, si ritiene opportuno chiarire la correttezza di tale prassi, in quanto nell'applicazione della stessa sorgono alcuni dubbi. Infatti sembrerebbe, dalla giurisprudenza reperita, che la realizzazione di piazzali di per sé non sia soggetta al pagamento degli oneri di urbanizzazione, essendo gli stessi applicabili in base ai mq. di superficie coperta imponibile o ai mc. di volume di un fabbricato (in relazione al tipo di destinazione d'uso dell'immobile). E' infatti evidente che le aree di stoccaggio, o le aree di lavorazione, o i depositi di materiali possano molto spesso variare (anche quotidianamente) in base al processo produttivo, alle condizioni meteorologiche, ecc.. Nel caso in cui risultasse corretta l'applicazione degli oneri di urbanizzazione ai piazzali, risulta applicabile per tutte le tipologie sopradescritte, oppure risulta più corretta l'applicazione per le sole "aree di lavorazione" nelle quali effettivamente si effettuano delle lavorazioni (esempio: zone per saldature o sabbiature di parti meccaniche), escludendo quindi le "aree di stoccaggio" o le "aree di deposito", nelle quali si deposita solamente del materiale per la successiva lavorazione o vendita?

RISPOSTA

Si ritiene che una corretta risoluzione delle problematiche poste non possa prescindere da un preventivo accertamento della natura e caratteristiche dei "piazzali" o "aree di lavorazione" dei materiali destinati a consentire lo svolgimento delle varie attività produttive di cui trattasi (zone per saldature, per sabbiature, zone di stoccaggio, di deposito ecc.). Ferma restando l'eventuale disciplina regionale in materia, ciò che infatti sembra rilevante ai fini dell'obbligo di dover corrispondere la somma prevista per oneri di urbanizzazione in relazioni a tali impianti non è tanto l'attività in sé che vi si svolge, nel dettaglio, quanto se tali superfici siano realizzate o meno mediante mutamenti di uso od opere edili che determinino una trasformazione urbanistica permanente di luoghi inedificati, come tale soggetta a rilascio di permesso a costruire od altro titolo abilitativo richiesto (v. al riguardo TAR Toscana III, 14.9.04 n. 3782; Cass Pen. III, 211.04), e se queste siano su-

scettibili di determinare un aumento del carico urbanistico della zona.

Va quindi, come anzidetto, innanzitutto verificato se la normativa regionale (ed il PRG vigente) considera trasformazione urbanistica anche il deposito di materiali e merci all'aperto con trasformazione permanente del suolo e quale rilevanza attribuisce a tale intervento dal punto di vista dell'aumento del carico urbanistico che costituisce, come è noto, il presupposto per l'applicazione dei contributi concessori (v. art. 16 d.P.R. n. 380/01). Va in particolare accertato se il progetto del piazzale o area comporti effettivamente opere edili necessarie a tale scopo. In ogni caso per quanto concerne le difficoltà di calcolare gli oneri concessori laddove si tratti di piazzali o aree scoperte ove non sia individuabile con precisione un piano di pavimento utilizzabile ed il calcolo degli oneri concessori sia previsto solo a mq di superficie coperta imponibile o a mc di volume di fabbricato, si è dell'avviso (sempre salvo diverse disposizioni regionali in materia) che possa comunque correttamente farsi riferimento a quella parte di area interessata da opere edilizie o dal mutamento d'uso o comunque effettivamente utilizzata per le attività produttive e suscettibile di far lievitare il carico urbanistico. Nella prassi si segue peraltro talvolta il criterio di distinguere il caso in cui la realizzazione del deposito sia connessa e/o di servizio ad attività produttiva - industriale, nelle quale ipotesi gli oneri sono ragguagliati alla superficie da trasformare (e si applica la tariffa minima prevista per le nuove costruzioni industriali - artigianali, limitatamente all'incidenza delle spese di urbanizzazione primaria) dal caso in cui tale connessione non sussiste, considerandosi il manufatto a destinazione commerciale con applicazione (sempre alla superficie da trasformare) della tariffa minima prevista per le nuove volumetrie di costruzioni direzionali - commerciali, limitatamente all'incidenza delle spese di urbanizzazione primaria (oltre ad una certa limitata percentuale del costo di costruzione).

«.....GA.....»

3. LE AGEVOLAZIONI

DOMANDA

Per il rilascio di un permesso di costruire in zona agricola il beneficiario ha usufruito delle agevolazioni previste dal d.P.R. n. 380/2001 riservate ai coltivatori diretti o imprenditori agricoli, con l'esenzione del contributo di costruzione dovuto ai sensi dell'art. 16 del medesimo d.P.R. n. 380/2001.

Per quanto tempo dopo il rilascio del permesso di costruire il beneficiario deve continuare a possedere il requisito che gli ha concesso di ottenere l'esonero degli oneri concessori? Qualora dovesse perdere i predetti requisiti prima del tempo di cui innanzi, ovvero vendere l'immobile a soggetto non in possesso dei requisiti medesimi, quale procedura deve mettere in atto l'ufficio tecnico comunale?

RISPOSTA

Va premesso che in base ai principi generali (art. 16, co. 2, d.P.R. n. 380/01) il calcolo degli oneri concessori dovuti va effettuato al momento del rilascio del titolo abilitativo onde è a tale momento che vanno accertati, in generale, i presupposti per una eventuale esenzione come quella relativa al possesso del requisito di imprenditore agricolo a titolo principale ai sensi dell'art. 17, co. 3, lett. a) del citato d.P.R.. Tuttavia la giurisprudenza ritiene, poiché la concessione è trasferibile a terzi ai sensi dell'art. 11, co. 2, del d.P.R. n. 380/01, che *“allorquando per effetto di un trasferimento venga meno il requisito soggettivo cui è correlata la gratuità della concessione edilizia assentita, la voltura può essere legittimamente subordinata al versamento dei maggiori oneri concessori”* (CdS, sez. V, 17-10-2000, n. 5558). Analogamente è stato ripetuto (CdS, Sez. V, 11.1.2006 n. 31) che *“il beneficio a suo tempo previsto dall'art. 9 della l. n. 10/1977 ... (non debba estendersi)... automaticamente in favore di qualunque subentrante, dovendo invece l'amministrazione procedente sempre verificare che il richiedente la voltura fosse effettivamente in possesso dei requisiti prescritti dalla legge; in particolare, la mera volturazione di un assenso edilizio originariamente rilasciato per la costruzione di una casa rurale con annessi rustici non preclude all'amministrazione di richieder e i relativi oneri concessori”*.

Da tali sentenze sembra peraltro doversi desumere che un tale richiesta presupponga la necessità del nuovo proprietario di richiedere una voltura della concessione e quindi che il titolo abilitativo sia ancora occorrente per eseguire o per ultimare le opere assentite. Nel caso in cui invece i lavori siano stati invece completati, avendo oramai la concessione esaurito i suoi effetti essendo stata realizzata l'opera, si ritiene che il nuovo eventuale acquirente non sia più tenuto a versare gli oneri di urbanizzazione se, per ipotesi fosse privo dei requisiti che avevano legittimato la relativa esenzione a favore del suo dante causa.

«.....GA.....»

4. IL VINCOLO PAESAGGISTICO**DOMANDA**

Viene presentata a questo comune istanza di permesso di costruire in sanatoria per lavori eseguiti in difformità dal titolo abilitativo edilizio consistenti nella realizzazione di un piano seminterrato e conseguente aumento dell'altezza del fabbricato. Tali lavori sono stati eseguiti nel 1965 quando, per l'edificazione, questo comune prevedeva la necessità di un'autorizzazione. L'immobile ricade nella fascia di rispetto paesaggistico *ex art. 142, co. 1, lett. c, del d. lgs. n. 42/2004* (fascia di 150 metri dalle sponde del fiume). L'accertamento di conformità *ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001* ha avuto esito positivo, in quanto l'intervento risulta conforme alla disciplina edilizia ed urbanistica vigente sia al momento della realizzazione dell'abuso sia al momento della presentazione della domanda. Si chiede, però, quale sia il procedimento da adottare dal punto di vista paesaggistico, atteso che non è possibile rilasciare l'autorizzazione paesaggistica *“in sanatoria”* (salvo nei casi di accertamento previsti dall'art. 167, co. 4, del d. lgs. n. 42/2004, tra i quali non è classificabile quello in oggetto) e che, comunque, l'abuso è stato commesso - senza dubbio alcuno - prima dell'entrata in vigore della l. n. 431/1985 che ha introdotto il vincolo paesaggistico

RISPOSTA

Come ritenuto in giurisprudenza (da ultimo TAR CAMPANIA, Napoli, Sez. IV - 5.5.2009, n. 2358) “*la procedura di accertamento di conformità divisata dall’art. 36 del T.U. sull’edilizia di cui al d.P.R. n. 380 del 2001 è inapplicabile al caso di opere realizzate in zona sottoposta a vincolo paesistico, secondo quanto espressamente previsto dall’art. 146 del d. lgs. n. 42/2004 (codice dei beni culturali): e ciò perchè per le opere comportanti aumento di volumetria l’autorizzazione paesaggistica - la quale ovviamente condiziona l’accertamento - non può essere rilasciata ex post dall’autorità preposta alla tutela del vincolo*”. In senso analogo si veda anche la sentenza CdS, sez. IV, 8.10.2007, n. 5203 (che conf. TAR Campania – VI Sez. di Napoli n. 8977 del 2006) con la quale si è affermato che “*ai sensi dell’art. 146 d. lgs. 22.1.2004 n. 42, recante approvazione del codice dei beni culturali, la procedura di accertamento di conformità di cui all’art. 39 T.U. sull’edilizia 6.6.2001 n. 380 non è applicabile alle opere abusivamente realizzate in zona sottoposta a vincolo paesistico, giacché per le opere comportanti aumento di volumetria l’autorizzazione paesaggistica, che condiziona l’accertamento di conformità, non può essere rilasciata ex post dall’autorità preposta alla tutela del vincolo*”. Né sembra potersi distinguere tra interventi abusivi commessi prima o dopo (come nella fattispecie ove l’abuso sarebbe stato commesso prima dell’entrata in vigore della l. n. 431/85 che ha introdotto il vincolo paesaggistico alle fasce entro 150 mt dai fiumi) l’apposizione del vincolo, poiché una tale distinzione non trova alcun espresso fondamento normativo poiché, come ritenuto in giurisprudenza “*il legislatore ha ritenuto inconciliabile con la gestione del vincolo paesaggistico qualsiasi valutazione ex post (precedentemente ammessa dalla giurisprudenza stessa)*” (così TAR Venezia II, 1.7.05 n. 2766).

«.....GA.....»

5. IL PERMESSO DI COSTRUIRE IN SANATORIA

DOMANDA

L’art. 46, co. 5, del d.P.R. n. 380/2001, pone come eccezione al principio della nullità degli atti giuridici aventi per oggetto fabbricati abusivi, la possibilità per l’acquirente, a seguito di procedura esecutiva o concorsuale, di un immobile abusivo, di poter presentare entro 120 giorni dal decreto di assegnazione dell’autorità giudiziaria una richiesta di permesso di costruire in sanatoria. Si chiede se detta richiesta vada intesa come vera e propria domanda di condono edilizio, al di fuori dei limiti temporali già fissati dalle varie leggi sul condono, ovvero se la medesima vada intesa invece come richiesta di accertamento di conformità (art. 36 del d.P.R. n. 380/2001), in questo ultimo caso quindi soggetta alla sussistenza del duplice presupposto della conformità sia allo strumento urbanistico generale vigente al momento della realizzazione, sia allo strumento urbanistico generale vigente.

RISPOSTA

Il co. 1 dell’art. 46 del d.P.R. n. 380/01 prevede che “*gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17.3.1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell’alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù*”. Tuttavia il successivo co. 5 precisa che “*le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. L’aggiudicatario, qualora l’immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, dovrà presentare domanda di permesso in sanatoria entro centoventi giorni dalla notifica del decreto emesso dalla autorità giudiziaria*”. Per quanto concerne la presentazione della domanda in sanatoria si ritiene che essa debba essere intesa essenzialmente con riferimento a quanto dispone la normativa vigente in materia di condono edilizio (art. 40 l. n. 47/85) nel senso che consente all’interessato di presentare la domanda stessa in deroga al termine di

presentazione fissato *ex lege*, fermi restando, ovviamente, tutti gli altri presupposti richiesti per il condono ed , in particolare, il termine di ultimazione delle opere (da ultimo v. l. n. 326/03). Va infatti notato che anche l'intestazione del cit. art. 46 fa riferimento alla l. n. 47/85 (ed all'art. 17 del d.l. n. 146/85, art.

8), che al capo IV disciplina il condono edilizio.

Nulla vieta peraltro, che se ne sussistano i presupposti, l'interessato possa comunque anche attivare la ordinaria disciplina in materia di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380/01.

«.....GA.....»

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

D. LGS. 20.3.2010, N. 53 ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2007/66/CE CHE MODIFICA LE DIRETTIVE 89/665/CEE E 92/13/CEE PER QUANTO RIGUARDA IL MIGLIORAMENTO DELL'EFFICACIA DELLE PROCEDURE DI RICORSO IN MATERIA D'AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI (GU N. 84 DEL 12.4.2010).

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli artt. 76 e 87 della Costituzione;

Visto il d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni, concernente codice dei contratti pubblici relativi, a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE;

Vista la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11.12.2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici;

Vista la l. 7.7.2009, n. 88, recante: «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2008», ed in particolare gli artt. 1, 2 e 44;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 27.11.2009;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 25.1.2010;

Acquisiti i pareri delle competenti commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 19.3.2010;

Sulla proposta del Ministro per le politiche europee e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri degli affari esteri, della giustizia e dell'economia e delle finanze;

E m a n a

il seguente decreto legislativo

Art. 1

Termine dilatorio per la stipulazione del contratto (art. 44, co. 3, lettere b) ed e), l. n. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

1. All'art. 11 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, di seguito denominato: «d. lgs. n. 163 del 2006», sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo la rubrica dell'articolo, nelle indicazioni tra parentesi, dopo le parole: «art. 109, decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999», sono aggiunte le seguenti: «; art. 44, co. 3, lettere b) ed e), l. n. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE»; b) alla fine del co. 9 e' aggiunto il seguente periodo: «L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non e' consentita durante il termine dilatorio di cui al co. 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal co. 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che e' destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamen-

ti comunitari.»; c) il co. 10 e' sostituito dai seguenti: «10. Il contratto non puo' comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79. 10-bis. Il termine dilatorio di cui al co. 10 non si applica nei seguenti casi: a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, e' stata presentata o e' stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60. 10-ter. Se e' proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'art. 245, co. 2-quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.».

Avvertenza: Il testo delle note qui pubblicato e' stato redatto dall'amministrazione competente per materia ai sensi dell'art. 10, commi 2 e 3 del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sull'emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana, approvato con d.P.R.

28.12.1985, n. 1092, al solo fine di facilitare la lettura delle disposizioni di legge modificate o alle quali e' operato il rinvio. Restano invariati il valore e l'efficacia degli atti legislativi qui trascritti. Per le direttive CEE vengono forniti gli estremi di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee (GUCE).

Note alle premesse:

- L'art. 76 della Costituzione stabilisce che l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

- L'art. 87 della Costituzione conferisce, tra l'altro, al Presidente della Repubblica il potere di promulgare le leggi e di emanare i decreti aventi valore di legge ed i regolamenti. Il decreto legislativo 12.4.2006, n. 163 è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2.5.2006, n. 100 S.O.

- La direttiva 2007/66/CE e' pubblicata nella G.U.U.E. 20.12.2007, n. L 335.

- Gli artt. 1, 2 e 44 della l. 7.7.2009, n. 88, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 161 del 14.7.2009 S.O. n. 110/L, così recitano: «Art. 1 (Delega al Governo per l'attuazione di direttive comunitarie). - 1. Il Governo e' delegato ad adottare, entro la scadenza del termine di recepimento fissato dalle singole direttive, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B. Per le direttive elencate negli allegati A e B il cui termine di recepimento sia già scaduto ovvero scada nei tre mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo e' delegato ad adottare i decreti legislativi di attuazione entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Per le direttive elencate negli allegati A e B che non prevedono un termine di recepimento, il Governo e' delegato ad adottare i decreti legislativi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.

2. I decreti legislativi sono adottati, nel rispetto dell'art. 14 della l. 23.8.1988, n. 400, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro per le politiche europee e del Ministro con compe-



tenza istituzionale prevalente per la materia, di concerto con i Ministri degli affari esteri, della giustizia, dell'economia e delle finanze e con gli altri Ministri interessati in relazione all'oggetto della direttiva. 3. Gli schemi dei decreti legislativi recanti attuazione delle direttive comprese nell'elenco di cui all'all. B, nonche', qualora sia previsto il ricorso a sanzioni penali, quelli relativi all'attuazione delle direttive comprese nell'elenco di cui all'all. A, sono trasmessi, dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti dalla legge, alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica perche' su di essi sia espresso il parere dei competenti organi parlamentari. Decorsi quaranta giorni dalla data di trasmissione, i decreti sono emanati anche in mancanza del parere. Qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare di cui al presente comma ovvero i diversi termini previsti dai commi 4 e 8 scadano nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini previsti ai commi 1 o 5 o successivamente, questi ultimi sono prorogati di novanta giorni. 4. Gli schemi dei decreti legislativi recanti attuazione delle direttive che comportino conseguenze finanziarie sono corredati della relazione tecnica di cui all'art. 11-ter, co. 2, della l. 5 .8. 1978, n. 468, e successive modificazioni. Su di essi e' richiesto anche il parere delle Commissioni parlamentari competenti per i profili finanziari. Il Governo, ove non intenda conformarsi alle condizioni formulate con riferimento all'esigenza di garantire il rispetto dell'art. 81, co. 4, della Costituzione, ritrasmette alle Camere i testi, corredati dei necessari elementi integrativi d'informazione, per i pareri definitivi delle Commissioni parlamentari competenti per i profili finanziari, che devono essere espressi entro venti giorni. 5. Entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al co. 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può adottare, con la procedura indicata nei coo. 2, 3 e 4, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi emanati ai sensi del citato co. 1, fatto salvo quanto previsto dal co. 6. 6. I decreti legislativi, relativi alle direttive di cui agli allegati A e B,

adottati, ai sensi dell'art. 117, quinto comma, della Costituzione, nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, si applicano alle condizioni e secondo le procedure di cui all'art. 11, co. 8, della l. 4.2.2005, n. 11. 7. Il Ministro per le politiche europee, nel caso in cui una o piu' deleghe di cui al co. 1 non risultino esercitate alla scadenza del termine previsto, trasmette alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica una relazione che da' conto dei motivi addotti a giustificazione del ritardo dai Ministri con competenza istituzionale prevalente per la materia. Il Ministro per le politiche europee ogni sei mesi informa altresì la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica sullo stato di attuazione delle direttive da parte delle regioni e delle province autonome nelle materie di loro competenza, secondo modalità di individuazione delle stesse da definire con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. 8. Il Governo, quando non intende conformarsi ai pareri parlamentari di cui al co. 3, relativi a sanzioni penali contenute negli schemi di decreti legislativi recanti attuazione delle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B, ritrasmette con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni i testi alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica. Decorsi venti giorni dalla data di ritrasmissione, i decreti sono emanati anche in mancanza di nuovo parere.».

«Art. 2 (Principi e criteri direttivi generali della delega legislativa). - 1. Salvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalle disposizioni di cui ai capi II e IV, ed in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare, i decreti legislativi di cui all'art. 1 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi generali: a) le amministrazioni direttamente interessate provvedono all'attuazione dei decreti legislativi con le ordinarie strutture amministrative, secondo il principio della massima semplificazione dei procedimenti e delle modalita' di organizzazione e di esercizio delle funzioni e dei servizi; b) ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori

interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, fatti salvi i procedimenti oggetto di semplificazione amministrativa ovvero le materie oggetto di delegificazione; c) al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti. In tali casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongono a pericolo o danneggiano l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che recano un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli artt. 53 e seguenti del d. lgs. 28.8.2000, n. 274, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro è prevista per le infrazioni che ledano o espongano a pericolo interessi diversi da quelli indicati nei periodi precedenti. Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni indicate nella presente lettera sono determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. Entro i limiti di pena indicati nella presente lettera sono previste sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per violazioni omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi. Nelle

materie di cui all'art. 117, quarto comma, della Costituzione, le sanzioni amministrative sono determinate dalle regioni. Le somme derivanti dalle sanzioni di nuova istituzione, stabilite con i provvedimenti adottati in attuazione della presente legge, sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, entro i limiti previsti dalla legislazione vigente, con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, alle amministrazioni competenti all'irrogazione delle stesse; d) eventuali spese non contemplate da leggi vigenti e che non riguardano l'attività ordinaria delle amministrazioni statali o regionali possono essere previste nei decreti legislativi recanti le norme necessarie per dare attuazione alle direttive, nei soli limiti occorrenti per l'adempimento degli obblighi di attuazione delle direttive stesse; alla relativa copertura, nonché alla copertura delle minori entrate eventualmente derivanti dall'attuazione delle direttive, in quanto non sia possibile farvi fronte con i fondi già assegnati alle competenti amministrazioni, si provvede a carico del fondo di rotazione di cui all'art. 5 della l. 16.4.1987, n. 183; e) all'attuazione di direttive che modificano precedenti direttive già attuate con legge o con d. lgs. si procede, se la modificazione non comporta ampliamento della materia regolata, apportando le corrispondenti modificazioni alla legge o al d. lgs. di attuazione della direttiva modificata; f) nella predisposizione dei decreti legislativi si tiene conto delle eventuali modificazioni delle direttive comunitarie comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega; g) quando si verificano sovrapposizioni di competenze tra amministrazioni diverse o comunque siano coinvolte le competenze di più amministrazioni statali, i decreti legislativi individuano, attraverso le più opportune forme di coordinamento, rispettando i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione e le competenze delle regioni e degli altri enti territoriali, le procedure per salvaguardare l'unitarietà dei processi decisionali, la trasparenza, la celerità, l'efficacia e l'economicità nell'azione amministrativa e la chiara individuazione dei soggetti responsabili; h) quando



non siano d'ostacolo i diversi termini di recepimento, sono attuate con un unico decreto legislativo le direttive che riguardano le stesse materie o che comunque comportano modifiche degli stessi atti normativi.». «Art. 44 (Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11.12.2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici). - 1. Il Governo e' delegato ad adottare, entro il termine e con le modalita' di cui all'art. 1, uno o piu' decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11.12.2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Sugli schemi dei decreti legislativi e' acquisito il parere del Consiglio di Stato. Decorsi quarantacinque giorni dalla data di trasmissione, i decreti sono emanati anche in mancanza del parere. 2. Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dal co. 1, possono essere emanate disposizioni correttive e integrative nel rispetto delle medesime procedure di cui al citato co. 1. 3. Ai fini della delega di cui al presente articolo, per stazione appaltante si intendono i soggetti di cui agli artt. 32 e 207 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e s. m., e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture. I d. lgs. di cui al co. 1 sono adottati nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'art. 2, nonche' dei seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) circoscrivere il recepimento alle disposizioni elencate nel presente articolo e comunque a quanto necessario per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva

2007/66/CE, previa verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti e già adeguati, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale, e inserendo coerentemente i nuovi istituti nel vigente sistema processuale, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo; b) assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal citato codice di cui al d. lgs. 12.4.2006, n. 163, ancorchè non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e operare un recepimento unitario delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE; c) assicurare il coordinamento con il vigente sistema processuale, prevedendo le abrogazioni necessarie; d) recepire integralmente l'art. 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE e l'art. 1, par. 4, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo, inoltre, che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela; e) recepire gli artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), della direttiva 89/665/CEE e gli artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, fissando un termine dilatorio per la stipula del contratto e prevedendo termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura; f) recepire l'art. 2, paragrafo 6, e l'art. 2-quater della direttiva 89/665/CEE, nonche' l'art. 2, paragrafo 1, ultimo cpv., e l'art. 2-quater della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo: 1) che i provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro un termine non superiore a trenta giorni dalla ricezione e i bandi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla pubblicazione; 2) che i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni sono impugnati autonomamente e non possono essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva,

mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti; 3) che il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali; 4) che tutti i ricorsi e scritti di parte e provvedimenti del giudice hanno forma sintetica; 5) che tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento sono concentrati nel medesimo giudizio ovvero riuniti, se cioè non ostacoli le esigenze di celere definizione; g) recepire l'art. 2, paragrafi 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'art. 2, paragrafi 3 e 3-bis, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo la sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare e rivolto al giudice competente, con i seguenti criteri: 1) la competenza, sia territoriale che per materia, è inderogabile e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione; 2) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare; 3) il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore; h) recepire gli artt. 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli artt. 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i seguenti criteri: 1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'art. 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all'art. 2-quinquies, paragrafo

1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; 2) nel caso di cui all'art. 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'art. 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative; 3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato; 4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse; i) recepire l'art. 2-septies della direttiva 89/665/CEE e l'art. 2-septies della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo i termini minimi di ricorso di cui al paragrafo 1, lett. a) e b), dei citati artt. 2-septies, e il termine di trenta giorni nel caso di cui al par. 2 dei citati artt. 2-septies; l) recepire gli artt. 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE e gli artt. 8 e 12 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, individuando il ministero competente e il procedimento; m) dettare disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato, secondo i seguenti criteri: 1) incentivare l'accordo bonario; 2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile; 3) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto; 4) contenere i costi del giudizio arbitrale; 5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale. 4. Resta ferma la disciplina di cui all'art. 20, co. 8, del d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.1.2009, n. 2, nei

limiti temporali ivi previsti. 5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. 6. Le amministrazioni provvedono agli adempimenti previsti dall'attuazione del presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente.».

Note all'art. 1: - Si riporta il testo dell'art. 11 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, citato nelle premesse, così come modificato dal presente decreto: «Art. 11 (Fasi delle procedure di affidamento). (artt. 16, 17, 19, R.D. n. 2440/1923; art. 109, d.P.R. n. 554/1999; art. 44; co. 3, lettere b) ed e), l. n. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE). -

1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti. 2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. 3. La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti. 4. Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente. 5. La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12, co. 1, provvede all'aggiudicazione definitiva. 6. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine. 7. L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiu-

dicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel co. 9. 8. L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti. 9. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'art. 12, co. 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione di urgenza di cui al presente co. non è consentita durante il termine dilatorio di cui al co. 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal co. 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. 10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi del-

l'art. 79. 10-bis. Il termine dilatorio di cui al co. 10 non si applica nei seguenti casi: a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, e' stata presentata o e' stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano gia' respinte con decisione definitiva; b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60. 10-ter. Se e' proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara

incompetente ai sensi dell'art. 245, co. 2-quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare. 11. Il contratto e' sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori. 12. L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso e' divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento. 13. Il contratto e' stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonchè in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.».

«..... GA.....»

REDAZIONALI

OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA E FISSAZIONE DI UN PREZZO – SOGLIA: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA MERITO TECNICO E CONVENIENZA ECONOMICA

dell'Avv. Salvatore Napolitano

Nel settore dei contratti pubblici le stazioni appaltanti, chiamate a selezionare l'offerta migliore fra quelle presentate dai concorrenti in sede di gara, possono utilizzare, secondo quanto consentito dal diritto comunitario nonché da quello nazionale di recepimento, il criterio *“del prezzo più basso”* ovvero in alternativa, il criterio *“dell'offerta economicamente più vantaggiosa”* (art. 81, co. 1, del d. lgs. n. 163 del 2006).

Nel primo caso (art. 82, d. lgs. n. 163 del 2006), viene semplicemente premiata l'offerta che presenti il prezzo più basso ed è precluso, nella valutazione dello stesso, qualunque criterio che si basi su medie matematiche o criteri forfettari.

Quando viene adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83, d. lgs. n. 163 del 2006), invece, vanno valutate separatamente l'offerta economica e l'offerta tecnica e, quanto alla valutazione dell'offerta economica, anche in questo caso il criterio non può che essere quello del prezzo più basso (anche in tal caso senza medie o criteri forfettari).

Nell'operazione di valutazione del prezzo, la differenza che intercorre tra il criterio del prezzo più basso ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consiste in quanto segue: nel primo caso risulta aggiudicataria l'offerta più bassa, senza necessità di attribuzione di un punteggio, dovendosi solo redigere la graduatoria delle offerte collocando, evidentemente, il prezzo più basso offerto al primo posto della graduatoria. Nel secondo caso, invece, l'offerta economica non esaurisce

la valutazione che deve compiere la stazione appaltante, la quale deve procedere ad una ponderazione anche dell'offerta tecnica, per cui alle varie offerte economiche va attribuito un punteggio che poi si somma con il punteggio previsto per le offerte tecniche e solo dopo tali operazioni si potrà stilare la graduatoria finale.

E' quindi del tutto evidente che con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa la stazione appaltante va a prediligere un meccanismo di selezione che, in relazione alla gara specifica, garantisca il miglior rapporto prezzo/qualità. In altre parole, optando per il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ritiene di dover valorizzare, non solo l'aspetto economico dell'offerta del concorrente, ma di doverne apprezzare anche il c.d. *“merito tecnico”*, soprattutto in quegli ambiti in cui l'aspetto tecnologico o prestazionale assumono un rilievo apprezzabile ed autonomo ai fini delle scelte operative della PA.

Ebbene, è in tale contesto che si pone il problema del c.d. prezzo *“soglia”*.

Secondo l'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, infatti, *“il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia (nel nostro caso il prezzo) deve essere appropriato”*

(l'art. 53, co.2. dir. CE 2004/18, parla al riguardo di "forcella", ma la sostanza non muta). In altre parole, la stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità, può fissare delle soglie di ponderazione del prezzo: ad esempio, la *lex specialis* potrebbe stabilire un prezzo (il prezzo soglia, appunto) in corrispondenza o al di sotto del quale assegnare il massimo del punteggio economico all'offerta presentata. Più chiaramente, una volta superato il limite del prezzo – soglia, a tutte le offerte ulteriormente in ribasso, all'uopo formulate dai concorrenti, viene attribuito, indipendentemente dalla diversità degli importi costituenti la singola offerta, sempre e comunque il massimo punteggio previsto dalla *lex specialis* per l'elemento prezzo.

E' del tutto evidente che una tale scelta si pone in contrasto con il principio che impone la proporzionalità della ripartizione dei punteggi in base ad un criterio di attribuzione lineare, vale a dire attribuendo il massimo punteggio all'offerta migliore e procedendo quindi alla attribuzione degli altri punteggi alle offerte meno convenienti in modo strettamente proporzionale.

Tuttavia è altrettanto evidente la "ratio" che sorregge tale scelta, vale a dire incrementare ulteriormente l'aspetto qualitativo della prestazione, in parte *sterilizzando*, ovvero, quanto meno, attenuando la valutazione (*rectius*, la ponderazione relativa) dell'elemento prezzo.

Una tale possibilità è contemplata, ad esempio, dal documento emanato congiuntamente dal M.E.F. (ministero economia e finanze) e dalla Consip (c.d. quaderni Consip) relativo alle formule, desunte dalla letteratura tecnica in materia, di aggiudicazione nelle gare per gli acquisti pubblici (pubbl. anno 2007).

In presenza di previsioni del genere, il prezzo soglia - giova ancora evidenziarlo - rappresenta il limite al di sotto del quale i concorrenti non possono incrementare il punteggio proponendo ulteriori ribassi.

Ciò vuol dire che per i prezzi offerti compresi tra lo zero e la soglia non vi può essere competizione, proprio perché non è possibile incrementare il punteggio per quelli inferiori

alla soglia e, di conseguenza, la competizione si va a concentrare solo "nell'intervallo" di prezzo ricompreso fra la soglia e la base d'asta.

Ne discende che: maggiore viene ad essere il prezzo soglia, minore viene ad essere l'intervallo di prezzi all'interno del quale si svolge la competizione economica.

Proprio per questo, esso può essere utilizzato come strumento per ulteriormente spostare la competizione dagli aspetti economici a quelli tecnici e qualitativi.

Non a caso, si afferma (cfr. quaderni Consip sopra citati) che la fissazione del c.d. prezzo – soglia costituisce "un ulteriore strumento per ottenere il mix desiderato di competizione tecnico – economica".

Ebbene, proprio per tutti gli effetti che può produrre, questo strumento è stato apprezzato dalla giurisprudenza (per vero, non copiosa sul punto) con una certa cautela.

La preoccupazione fondamentale, manifestata in materia dalla giurisprudenza amministrativa, risiede nel timore che, in genere, l'applicazione di criteri matematici o empirici posti nel bando per la valutazione dell'elemento prezzo, finiscano per *appiattare* ovvero fortemente ridurre l'attribuzione del punteggio spettante per l'offerta economica, di fatto svuotandola di reale contenuto, a tutto vantaggio dell'offerta tecnica, connotata peraltro da una maggiore discrezionalità valutativa da parte della stazione appaltante.

Sul punto, valga quanto affermato da CdS, VI, 3.6.2009, n. 3404: "Neppure può ritenersi che la clausola ipotizzata tragga fondamento dall'art. 83, co. 2, d. lgs. n. 163/2006, laddove autorizza la fissazione di soglie per l'attribuzione di punteggi. Invero tale disposizione, pur consentendo soglie di ponderazione, e relativi punteggi, impone che vi sia un adeguato scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia. E comunque l'art. 83, co. 2, non autorizza la determinazione di soglie basate su medie calcolate sulle offerte in gara, che si prestano a palesi distorsioni. Se si fissa come soglia la media dei ribassi offerti in gara, comunque questo non autorizza ad appiattare il punteggio per i ribassi che sono più bassi rispetto a quello che risulta

dalla media dei ribassi offerti” e ancora “In conclusione, sia l’art. 83, d. lgs. n. 163/2006, sia i vigenti metodi di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, fissati da norme di rango regolamentare, esigono che per l’elemento prezzo il punteggio più elevato vada al prezzo più basso, e non autorizzano appiattimenti con l’attribuzione del medesimo punteggio a offerte di prezzo diverse”.

Ancora più univoco è l’orientamento espresso nella sentenza del TAR Lazio, III quater, 13.11.2008, n. 10141: “In sede di valutazione dell’offerta economica, i criteri di attribuzione del punteggio possono essere molteplici e variabili purchè, nell’assegnazione degli stessi, venga utilizzato tutto il potenziale range differenziale previsto per la voce in considerazione, anche al fine di evitare un ingiustificato svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell’offerta”.

Sulla stessa falsariga si è posta anche l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, con propria determinazione n. 172/2007.

Appare pertanto confermato che le perplessità, palesate nei confronti di una clausola del bando che fissi un prezzo soglia, trovano la loro ragione nel timore che tramite lo strumento del prezzo soglia e, quindi, la compressione della competizione sul versante economico, si possa addirittura arrivare a snaturare la formula dell’offerta economicamente più vantaggiosa, svuotando di contenuto la componente economica in favore di quella tecnica, tradendo, in ultima analisi, la stessa ratio di questo tipo di criterio di selezione dell’offerta vincitrice. In realtà, non sembra che tali timori siano del tutto fondati.

Anzi, a ben vedere proprio la sentenza citata del CdS (VI, 3.6.2009, n. 3404) sembra confermare la legittimità della fissazione di una “soglia” ex art. 83, co. 2. del codice, purchè vi sia un adeguato scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all’elemento cui si riferisce la soglia. In altre parole la “forcella” per l’attribuzione del punteggio all’elemento considerato non deve essere troppo stretta, tale da ridurre notevolmente o, addirittura, eliminare l’incidenza dell’elemento considerato sulla valutazione

complessiva dell’offerta prodotta dal concorrente.

E’ in tale direzione che occorre operare per conferire legittimità alla scelta della stazione appaltante di determinare un prezzo soglia; più chiaramente, posto che rientra senza dubbio nelle scelte tecnicodiscrezionali della PA di privilegiare quanto più è possibile - in relazione alle specifiche caratteristiche del bene o del servizio di cui ha necessità di approvvigionarsi - l’aspetto qualitativo su quello economico, tuttavia i criteri all’uopo adottati, ai fini dell’assunzione ponderale all’elemento prezzo, non devono tradursi in un notevole o totale appiattimento dell’offerta economica rispetto a quella tecnica, ma devono lasciare un adeguato scarto tra il punteggio attribuito alla soglia e quello massimo relativo all’elemento di ponderazione considerato, così come (non a caso) recita l’art. 83 del d. lgs.163/2006

A quanto sopra, si aggiunga che lo strumento del prezzo soglia, quale parametro al di sotto del quale viene assegnato il massimo punteggio economico, senza quindi possibilità di “spalmare” il punteggio al di sotto della soglia, è utilizzato, fra l’altro, anche dall’allegato P del regolamento per la disciplina esecutiva ed attuativa del codice dei contratti (previsto all’art. 5 del codice) il cui testo, seppure non ancora vigente, de jure condendo è ovviamente indice di un chiaro orientamento favorevole del legislatore sul punto.

In particolare, tale regolamento prevede, quale formula per il calcolo dell’elemento prezzo nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa, una formula che contempla il prezzo soglia proprio come quello “al di sotto del quale viene assegnato il massimo punteggio economico”.

In conclusione, la possibilità che il punteggio al di sotto della soglia venga attribuito in modo eguale, anche a fronte di offerte economiche di contenuto diverso, non è ontologicamente in contrasto con la scelta del metodo di aggiudicazione fondato sull’offerta economicamente più vantaggiosa, proprio perché, anche tramite questo strumento ed in relazione all’importanza relativa che la PA intende attribuire agli elementi oggetto di valu-

tazione, la stazione appaltante, nel legittimo esercizio del proprio potere discrezionale, persegue lo scopo di ottenere il miglior rapporto tra qualità e prezzo offerto.

Tuttavia, per quanto in precedenza evidenziato, la scelta - per non apparire illogica - deve essere effettuata in quegli ambiti operativi che maggiormente valorizzano gli aspetti prestazionali rispetto a quelli economici, contribuendo quindi ad aumentare la ricerca della qualità del bene o del servizio richiesto dalla PA e semprechè l'elemento prezzo - per effet-

to della fissazione di un congruo margine tra prezzo posto a base di gara e prezzo soglia - mantenga una sua capacità selettiva e non risulti di fatto svuotato di efficacia sostanziale nel suo rapporto con la ponderazione da attribuire al merito tecnico.

Solo così circoscritta ed in attesa dell'intervento chiarificatore del legislatore con il citato regolamento attuativo del codice dei contratti, la scelta della fissazione di un prezzo - soglia può sostenere il vaglio di legittimità ad opera della giurisprudenza.

«.....GA.....»

DURC. APPLICAZIONE NEL SETTORE DEL COMMERCIO DOPO LA L. N. 191/2009 “FINANZIARIA”

dell'Avv. Andrea Drusin

Sulla presentazione del documento unico di regolarità contributiva da parte degli esercenti attività commerciali su aree pubbliche

Il DURC (documento unico di regolarità contributiva) è un argomento che nel recente passato ha destato forti preoccupazioni per gli addetti ai lavori, soprattutto per gli incerti confini normativi che ne hanno caratterizzato l'applicazione.

Come noto, il DURC nasce con la l. n. 266/2002 che, al fine di semplificare l'attestazione della regolarità contributiva da parte delle imprese partecipanti agli appalti pubblici, lo disciplina come documento unico di regolarità (previdenziale e per gli adempimenti dovuti alle casse edili dalle imprese di settore).

La normativa viene poi integrata dal d. lgs. n. 276/2003 (riforma Biagi) e dal successivo correttivo (d. lgs. n. 251/2004) che ne estendono l'obbligo ai lavori edili privati. Il d.l. n. 203/2005, lo trasforma in requisito per tutte le imprese di tutti i settori, per accedere a finanziamenti comunitari. Sin dal luglio 2007 l'obbligo del DURC è stato esteso anche ai datori di lavoro per la fruizione dei benefici normativi e contributivi previsti da norme in materia di lavoro e legislazione sociale.

Per quanto concerne l'applicazione del Durc nell'ambito dell'attività di commercio sulle aree pubbliche, occorre innanzitutto evidenziare come per tale attività si intende la vendita di merci al dettaglio e la somministrazione di alimenti e bevande effettuate su aree pubbliche, comprese quelle del demanio marittimo delle quali il Comune abbia la disponibilità, attrezzate o meno, coperte o scoperte. Tale attività può essere svolta su posteggi dati in concessione per 10 anni o su qualsiasi area purché in forma itinerante. Nell'una e nell'altra forma, l'esercizio dell'attività commerciale è soggetta ad apposita autorizzazione rilasciata a persone fisiche o a società di persone regolarmente costituite.

Con l'emanazione del d.l. 1.7.2009, n. 78,

convertito in l. n. 102 del 3.8.2009, l'autorizzazione all'esercizio della predetta attività è stata subordinata alla presentazione dal parte del richiedente del DURC.

L'art. 11 *bis* della norma citata, apportava delle modificazioni sostanziali all'art. 28 del d. lgs. n.114 del 31.3.1998 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio) prevedendo l'introduzione dell'art. 2 *bis*, che sanciva: "L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di cui al co. 1 è, in ogni caso, soggetta alla presentazione da parte del richiedente del documento unico di regolarità contributiva, di cui all'art. 1, co. 1176 della l. 27.12.2006, n. 296. Entro il 31 gennaio di ciascun anno successivo a quello del rilascio dell'autorizzazione, il comune, avvalendosi anche della collaborazione gratuita delle associazioni di categoria riconosciute dal CNEL, verifica la sussistenza del documento.

La l. n. 102/2009 rendeva, dunque, la presentazione del DURC obbligatoria in ogni caso.

Al d. lgs. 31.3.1998, n. 114 è stata apportata un'ulteriore modifica; all'art. 29, co.4, è stata aggiunta la lett. d), che prevedeva quale conseguenza della mancata presentazione iniziale ed annuale del DURC, la revoca dell'autorizzazione.

Sull'applicazione delle modifiche apportate dalla l. n. 102, sono sorte delle perplessità a seguito dell'emanazione della nota del 12.10.2009 del M.ro del lavoro, con cui si precisava che la normativa in tema di autorizzazioni commerciali su aree pubbliche è di competenza esclusiva delle regioni, pertanto il nuovo obbligo del DURC doveva essere necessariamente disciplinato tramite legge regionale e non statale.

Per il ministero, la norma contenuta nell'art. 11 *bis* della l. n. 102/2009, doveva essere intesa come una norma "di indirizzo" nei

confronti delle norme regionali in materia e non un adempimento immediatamente operativo.

Non potendo, dunque, invadere una materia di competenza regionale, e non potendo far rientrare la citata normativa nell'ambito della legislazione concorrente, il ministero riteneva necessario un formale atto di recepimento da parte delle regioni.

A rendere meno chiara la situazione, è intervenuto il M.ro dello sviluppo economico con nota del 6.11.2009, con cui ha precisato che la materia in questione era relativa alle professioni e quindi riservata allo Stato, nell'ambito della competenza legislativa concorrente con le regioni, per cui le disposizioni sul DURC per il commercio su aree pubbliche andavano applicate anche in assenza di espressa previsione normativa regionale.

Con l'introduzione della l. 23.12.2009, n. 191, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (l. finanziaria 2010), sono state introdotte a modificazione dell'assetto normativo delineato con la l. 3.8.2009, n. 102, alcune disposizioni in merito all'istituto del DURC e alle sue applicazioni in materia di commercio su area pubblica.

La norma in oggetto, pur non abrogando espressamente l'art. 11 *bis* della l. n. 102/2009, ha ulteriormente modificato l'art. 28, co. 2 *bis* del d. lgs.n. 114/1998 sostituendo la precedente formulazione con la seguente: *"Le regioni, nell'esercizio della potestà normativa in materia di disciplina delle attività economiche, possono stabilire che l'autorizzazione all'esercizio di cui al co. 1, sia soggetta alla presentazione da parte del richiedente del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'art. 1, co. 1176, della L. 27.12.2006, n. 296. In tal caso possono essere altresì stabilite le modalità attraverso le quali i comuni, anche avvalendosi della collaborazione gratuita delle associazioni di categoria riconosciute dal CNEL, possono essere chiamati al compimento di attività di verifica della sussistenza e regolarità della predetta documentazione. L'autorizzazione all'esercizio è in ogni caso rilasciata anche ai soggetti che hanno ottenuto dall'INPS la rateizzazione del debito contributi-*

vo. Il DURC, ai fini del presente articolo, deve essere rilasciato anche alle imprese individuali".

Dalla nuova formulazione risulta del tutto evidente il superamento dell'imposizione dell'obbligo in via generale ed astratta con validità sull'intero territorio nazionale, con devoluzione della scelta fra l'assoggettare o meno ad obbligo di DURC l'attività di commercio su area pubblica ed, in caso affermativo, della definizione delle modalità operative per l'espletamento delle relative operazioni, alle regioni, nella probabile considerazione che tale tematica afferisca alla materia del commercio interno anziché, più propriamente, alla materia della tutela e sicurezza del lavoro, nonché della previdenza, entrambe materie legislative di competenza statale rispettivamente concorrente ed esclusiva.

Saranno pertanto le singole regioni a valutare le soluzioni più appropriate rispetto a tale nuova formulazione della legge statale.

La verifica annuale sulla sussistenza del documento, che nella l. n. 102/2009 veniva sancita come obbligo, diventa una facoltà sia in termini procedurali, stabilendo cioè le modalità delle attività di verifica, sia in termini di azione da parte dei comuni, che possono essere chiamati (non debbono) a detta verifica.

Mentre nella l. n. 102/2009 figurava come automatica la decadenza dell'autorizzazione in caso di mancata presentazione iniziale e/o annuale del DURC, nella finanziaria 2010 viene stabilita la sospensione temporanea in caso di mancata presentazione annuale del DURC, ovviamente soltanto quando detta presentazione sia stata esplicitamente prevista.

Con la novella legislativa vengono altresì chiariti due aspetti fondamentali sui quali finora c'era stata una grande incertezza. Il primo è che il DURC in oggetto deve essere rilasciato anche alle ditte individuali. Come noto, l'INAIL aveva escluso la possibilità del DURC alle imprese che non occupavano collaboratori familiari e/o dipendenti. Ora invece, e solo ai fini del rilascio della autorizzazione e per la sua eventuale verifica annuale, è previsto il rilascio di questa forma di DURC anche per le imprese individuali.

L'altro aspetto su cui si sofferma la l. fi-

nanziaria è il rilascio dell'autorizzazione amministrativa ai soggetti che hanno rateizzato il debito contributivo. In pratica viene affermato il principio in base al quale la rateizzazione equivale, di fatto, ad essere in regola con la norma. Tale specifica previsione normativa potenzialmente si presta a creare problemi nel caso in cui la rateizzazione sia stata accordata dall'INAIL, che non viene richiamato espressamente.

A conclusione di questa breve trattazione,

in conseguenza delle modifiche apportate dalla l. finanziaria per il 2010, fino a quando le regioni non interverranno formalmente con l'approvazione di una legge che regoli le casistiche e le modalità, i comuni non potranno pretendere dai soggetti interessati la presentazione del DURC, pertanto il rilascio delle autorizzazioni per il commercio su aree pubbliche non può essere subordinato alla presentazione di tale documento da parte del richiedente.

«.....GA.....»

IL C.D. COLLEGAMENTO SOSTANZIALE TRA IMPRESE QUALE CAUSA DI ESCLUSIONE DALLA GARA D'APPALTO, DALLA MERLONI AL CODICE DE LISE

del Dott. Andrea Pistilli

Brevi cenni sull'esclusione di due o più imprese partecipanti ad una medesima gara d'appalto in caso di collegamento sostanziale; gli indici rilevatori del collegamento sostanziale

Il presente lavoro, non può che prendere le mosse dal co. 1 *bis* dell'art. 10 della l. 109 dell'11.2.1994, introdotto dalla l. 18.11.1998 n. 415 (c.d. Merloni *ter*), con il quale è stato disposto il divieto di partecipazione ad una medesima gara pubblica di imprese che si trovano tra loro in una delle situazioni di controllo previste dall'art. 2359 c.c..

Situazioni che, secondo una rigorosa lettura, andrebbero riferite alle ipotesi previste ai commi 1 e 2 della norma civilistica (ipotesi di: 1) società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa).

Il divieto di partecipazione e la conseguente esclusione dalla gara delle suddette imprese, riprodotto dall'art. 34 co. 2 primo periodo del d. lgs. 163 del 12.4.2006 (c.d. codice de Lise), si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da

stretta comunanza di interessi, non sono ritenuti dal legislatore capaci di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

La norma, infatti, attraverso il rinvio recettizio dell'art. 2359 c.c., ha introdotto nella serie procedimentale di cui si compone l'affidamento di appalti pubblici, interamante regolata da norme pubblicistiche, una disposizione volta a tutelare il corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto, allo scopo di assicurare che il libero gioco della concorrenza e del confronto, finalizzati alla scelta del "giusto" contraente, non risultino alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi. E' evidente infatti come l'influenza sulle offerte riverberi i propri effetti sulle medie e sulla conseguente soglia di anomalia, il che, "turbando" lo svolgimento della gara, palesa violazione dei principi di segretezza dell'offerta, par condicio tra i concorrenti e della trasparenza; circostanza che secondo la previsione del legislatore si realiz-

za concretamente nelle ipotesi di controllo societario, indicate dall'art. 2359.

Si tratta, in sostanza, di una presunzione *iuris et de iure* di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante, che legittima l'esclusione dalla gara (CdS, IV, 19.7.2004 n. 5196).

E' parso immediatamente evidente, però, come la tipizzazione della causa di esclusione ("*controllo*") non fosse idonea a risolvere in radice il problema del bilanciamento di quei diritti e principi che rilevano contestualmente nella procedura di affidamento dei pubblici appalti.

Si è osservato, infatti, che vi sono forme di collegamento societario, anche diverse ed ulteriori da quelle previste dall'art. 2359 c.c., che risultano potenzialmente idonee a produrre quegli stessi effetti distorsivi causati, sullo svolgimento delle pubbliche gare, dalle forme di "*controllo*" e che, come già detto, si sostanziano nell'alterazione dei profili di trasparenza, segretezza e par condicio.

A fronte del richiamo operato dal legislatore del 1998 alle sole ipotesi di "*controllo*", quale causa di esclusione dalla gara, si è sviluppato, pertanto, l'interesse della dottrina e l'elaborazione della giurisprudenza in relazione al fenomeno della partecipazione alla medesima gara di imprese legate dal più ampio vincolo di "*collegamento*" (per situazioni diverse ed ulteriori da quelle codificate all'art. 2359 c.c.) e alla legittimità dell'esclusione delle società collegate da parte della amministrazione appaltante.

La giurisprudenza minoritaria (TAR Lazio, 25.5.2005, n. 4170), si è orientata in senso negativo sulla possibilità di escludere imprese collegate tra loro in quanto, in base al tenore letterale del disposto di cui all'art. 10 co. 1 *bis* della legge Merloni, il divieto di partecipazione alla medesima gara, contenuto nella norma, sarebbe da considerarsi relativo esclusivamente al caso di società che si trovino tra loro in una delle situazioni di "*controllo*" di cui ai coo. 1 e 2 dell'art. 2359 c.c. (così anche Autorità di vigilanza sui contratti pubblici determinazione n. 27/2000 del 9.6.2000). Secondo tale orientamento, peraltro, ponendo la suddetta norma un divieto di partecipazione alle gare, introdurrebbe una eccezione ai

principi costituzionali della libertà di iniziativa economica privata e di uguaglianza e, come tale, non sarebbe suscettibile di applicazione estensiva o analogica.

La giurisprudenza maggioritaria, dal canto suo, ha ritenuto estensibile il divieto di partecipazione sulla base delle seguenti considerazioni.

In primis, il divieto di cui all'art. 10 co. 1 *bis*, posto con rinvio alla situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., è basato su una presunzione assoluta di non segretezza delle offerte la quale non esclude, alla luce della *ratio legis* pubblicistica della disposizione in esame, la rilevanza di altre ipotesi di collegamento o controllo societario idonee ad inquinare la regolarità del procedimento di gara.

In *secundis*, il riferimento alle "*imprese*", anziché alle "*società*", contenuto nel suddetto co. 1 *bis*, rileva l'intenzione del legislatore del 1998 di prendere in considerazione non già la formale situazione di controllo, bensì, la situazione "*sostanziale*" dell'esistenza di un unico centro decisionale o di interessi tra le imprese che renda possibile la reciproca conoscenza delle determinazioni relative alla gara ovvero un condizionamento delle rispettive offerte.

Si è quindi affermata la possibilità di individuare ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese, non codificate diverse e ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 2359 c.c., con la precisazione che, mentre nel caso di sussistenza delle ipotesi di controllo di cui al suddetto articolo opera una presunzione *iuris et de iure* circa la sussistenza di un'ipotesi turbativa della procedura concorsuale (e quindi dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti), nel caso di sussistenza del c.d. collegamento sostanziale deve essere provata nello specifico e in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti che siano tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei richiamati principi (CdS, V 22.4.2004 n. 2371).

Sulla base di tali considerazioni, dunque, è stato ritenuto consentito alla stazione appaltante di prevedere nella *lex specialis* l'esclusione delle offerte quando specifici elementi oggettivi e concordanti inducano a ritenere la

sussistenza di situazioni (ulteriori rispetto alle forme di collegamento societario di cui all'art. 2359 c.c.) capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, purché l'individuazione non oltrepassi il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte.

Ma vi è di più. Successivamente, si è ritenuto che una tale esclusione potesse avvenire indipendentemente da una apposita previsione nel bando di gara. Ciò, in quanto l'articolo 10 co. 1 *bis* è una norma di ordine pubblico che trova applicazione (in quanto imperativa) indipendentemente da una specifica previsione in tal senso da parte dell'amministrazione appaltante, posto che l'oggetto giuridico tutelato è quello del corretto e trasparente svolgimento delle gare per l'appalto dei lavori pubblici nei quali il libero gioco della concorrenza e del libero confronto, finalizzati alla scelta del giusto contraente risulterebbero immediatamente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi tale essendo quello che secondo la previsione del legislatore si realizza concretamente nelle ipotesi di controllo o collegamento societario indicato dall'art. 2359 c.c. (CdS, IV, n. 6369/2004).

La giurisprudenza del resto ha precisato che, proprio in considerazione della peculiarità della materia e degli interessi pubblici tutelati sarebbe irragionevole e contraddittorio richiedere nel bando la tipizzazione del fatto del collegamento o del controllo societario diverso da quello di cui all'art. 2359 c.c., dal momento che tale previsione farebbe refluire il perseguimento dell'interesse pubblico della scelta del giusto contraente nel mero controllo della regolarità formale del procedimento, esponendo l'interesse protetto al pericolo di situazioni concrete di fenomeni di effettivo controllo o di altre situazioni societarie capaci di alterare la gara, non facilmente prevedibili o ipotizzabili (CdS, 23.6.2006, n. 4012; CdS, VI, 13.6.2005, n. 3089).

Ciò detto, si rileva che il consolidato orientamento giurisprudenziale, da ultimo, è

stato recepito dal codice dei contratti pubblici. Infatti il co. 2 dell'art. 34 dopo aver stabilito che "*non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovano fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del c.c.*" ha precisato che "*le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi*".

Non vi è più dubbio alcuno, pertanto, che la stazione appaltante, indipendentemente da una apposita previsione nel bando di gara, entro il limite della ragionevolezza e della logicità rispetto alla tutela avuta di mira - e consistente nell'autentica concorrenza tra le offerte - potrà escludere due o più concorrenti nel caso in cui accerti sulla base di una pluralità di elementi concordanti ed univoci l'esistenza di un collegamento sostanziale ossia di un unico centro di interessi dal quale provengono le offerte presentate.

Anzi, secondo recente giurisprudenza, l'art. 34 co. 2 secondo periodo del codice de Lise, anche se non richiamato nella *lex specialis*, è interamente applicabile anche alle procedure di affidamento delle concessioni di pubblico servizio, in quanto disposizione espressiva di un principio generale relativo agli affidamenti pubblici (CdS, V, 20.8.2008, n. 3982).

Sembra utile a questo punto, fare una breve panoramica delle diverse ipotesi in cui la giurisprudenza amministrativa ha ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale tra imprese. In linea generale, sono stati ritenuti idonei a provare che due distinte offerte siano da imputare al medesimo centro decisionale i seguenti elementi: l'ubicazione della sede amministrativa delle imprese in un medesimo stabile (a fortiori se un'impresa operi con l'altra in un unico locale, in condizioni che non consentono alcuna riservatezza); identico numero telefonico e di fax di riferimento per le comunicazioni; polizze fideiussorie stipulate con identico soggetto e con numerazione progressiva; vincoli parentali tra amministratori e rappresentanti delle due società (*ex multis* CdS, V 10.2.2010 n. 690; CdS, V, 17.9.2009, n. 5578).

Ancora. L'identità di data e luogo di spedizione dei plichi, la rilevazione di indicazioni grafiche delle varie offerte (stessa grafia e tipo di inchiostro) compilate dalla stessa persona (CdS, V, 9.10.2007, n. 5289; TAR Lazio, Sez. II ter, n. 11617/06).

In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto rilevante ai fini dell'accertamento di un collegamento sostanziale il fatto che il titolare di un'impresa individuale sia socio - seppur in misura minoritaria - dell'altra impresa partecipante alla gara, atteso che la coincidenza di titolare di una impresa individuale e di socio di società rende oggettivamente possibile il collegamento tra esse essendo in grado la stessa persona, nella prima di determinarne l'azione e, nella seconda, di acquisire ogni informazione sullo svolgimento degli affari sociali (come è di diritto dei soci non amministratori) e di concorrere alle decisioni, pur nei limiti di una partecipazione minoritaria (CdS, VI, 5.2.2010, n. 530).

Si tratta di elementi che, soprattutto ove sussistenti tutti o quasi tutti contestualmente, possono certamente costituire indici rilevatori di accordi tra i concorrenti al fine di alterare la regolarità della gara. Rilevante, peraltro, è che la situazione di collegamento, e quindi il complesso indiziario che la rileva, sussista, per poter spiegare i propri effetti discorsivi, al momento della proposizione delle offerte (TAR Lecce, III, 19.2.2008, n. 530; CdS, V, 9.10.2007 n. 5289). Va, infatti, non aggravato in modo eccessivo il procedimento che deve, nell'interesse pubblico, tendere ad un'ampia partecipazione al fine della scelta del giusto contraente. In linea con tale orientamento giurisprudenziale il CdS con la recente sentenza n. 247 del 25.1.2010 ha stabilito, anche alla luce dei principi espressi dalla IV sezione del-

la C. giust. CE con la sentenza del 19.5.2009, in C-538/2007, che la semplice costatazione dell'esistenza di un rapporto di controllo tra le imprese partecipanti, risultante dall'assetto societario o dal numero dei diritti di voto che possono esercitarsi nelle assemblee ordinarie, non è sufficiente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere automaticamente tali imprese senza aver verificato attraverso un sub procedimento che il collegamento dimostrato a livello strutturale abbia poi avuto un impatto concreto sul loro rispettivo comportamento in fase di gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale.

Accertata la situazione di collegamento sostanziale sulla base dei suddetti elementi ed escluse le imprese collegate, la giurisprudenza ritiene legittima la comunicazione della esclusione all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e doverosa la conseguente iscrizione nel casellario informatico, essendo in proposito applicabile la lett. t) del co. 2 dell'art. 24 d.P.R. 23.1.2000 n. 34, secondo cui sono inserite nel casellario tutte le altre notizie riguardanti le imprese che anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario.

Si deve infatti giudicare utile per la funzione del casellario la comunicazione della notizia della esclusione di imprese da una gara a seguito dell'accertamento del collegamento sostanziale fra esse, data la rilevanza di ciò rispetto a fondamentali principi di regolarità dei procedimenti in materia, e stante la oggettiva valutazione, necessariamente fatta di conseguenza dalla stazione appaltante, di non corrispondenza al vero delle eventuali dichiarazioni contrarie delle imprese stesse.

«.....GA.....»

I REQUISITI DI CAPACITA' ECONOMICA E FINANZIARIA NEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE – FATTURATO GLOBALE E FATTURATO SPECIFICO

dell'Avv. Gianluca Piccinni

SOMMARIO: 1. Capacità economica e finanziaria (art. 41 d. lgs. 163/2006) Principi generali; 2. Criteri e principi da seguire per definire i requisiti di partecipazione – 3. Fatturato globale e fatturato specifico. 4. Entità del fatturato e “soglia di non censurabilità” – Casistica giurisprudenziale. 5. Consorzi, Raggruppamento di imprese e istituto avalimento.

1. Capacità economica e finanziaria (art. 41 T.U. appalti) – principi generali.

La capacità degli operatori economici di realizzare un appalto e di sostenerne lo sviluppo complessivo (anche sotto il profilo economico) può essere vagliata dalla stazione appaltante mediante la richiesta di requisiti specifici.

La necessità delle stazioni appaltanti è quella di ammettere alla gara operatori economici che siano in grado di realizzare le forniture o i servizi in termini rispondenti con quanto richiesto (oggetto dell'appalto, dimensioni complessive, specifiche tecniche).

L'ammissione alla gara avviene, dunque, mediante la verifica del possesso di requisiti di ordine generale (che evidenziano l'assenza di elementi ostativi alla costituzione di rapporti con il committente pubblico), di idoneità professionale (dimostrata da iscrizione registri o albi), di capacità economico-finanziaria (affidabilità economica) e di capacità tecnico-professionale (affidabilità realizzativa e organizzativa).

Limitando l'ambito del discorso alla fattispecie di cui all'art. 41 d. lgs. 163/06, va detto che negli appalti pubblici di servizi o forniture la capacità economica di un operatore può essere accertata richiedendo uno o più degli elementi individuati dall'art. 41 del d. lgs. n. 163/2006, mentre per la capacità tecnico-professionale gli elementi di valutazioni sono stabiliti dall'art. 42 d. lgs. 163/06.

In particolare, l'art. 41 del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, rubricato “*capacità economica e finanziaria dei fornitori e prestatori di servizio*”, indica al co. 1, i documenti a mezzo dei quali può essere fornita la prova della ca-

pacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti:

- a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa o autocertificazione dei dati di bilancio;
- c) autocertificazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

La dimostrazione della capacità tecnico-professionale può avvenire (art. 42) mediante richiesta ai concorrenti della presentazione di elementi dimostrativi, ad esempio:

- a) dell'esperienza maturata (es. forniture o servizi prestati nel triennio precedente);
- b) dell'organizzazione complessiva dell'operatore economico (es. indicazione del numero medio di dipendenti);
- c) delle capacità dei soggetti destinati a svolgere l'appalto (es. con indicazione dei titoli di studio e/o professionali, rappresentati nei *curricula* degli operatori).

2. Criteri e principi da seguire per definire i requisiti di partecipazione.

L'art. 41 d. lgs. 163/06 non stabilisce in modo tassativo quali sono i requisiti da richiedere ai partecipanti alle gare di appalto, lasciando tale determinazione alla ragionevole discrezionalità delle singole amministrazioni.

I documenti indicati nella citata disposizione dal legislatore rappresentano degli indicatori della solidità attuale e della effettiva capacità operativa dell'impresa (lett. a, art. 98, d.P.R. n. 554/99) nonché della sua affidabilità sotto il profilo finanziario (lett. b); la richiesta

dunque del possesso di un adeguato fatturato tende ad ottenere tale assicurazione.

La giurisprudenza ammette una certa discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, in modo più rigoroso ed anche in numero superiore rispetto a quelli minimi previsti dalla legge¹.

La facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere nel bando di gara requisiti di partecipazione e di qualificazione ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti dalla legge trova però un limite nel principio di proporzionalità e ragionevolezza, nonché nel divieto di inutile aggravamento del procedimento di cui all'art. 1 co. 2 l. n. 241 del 1990².

In altri termini, la stazione appaltante, nel definire i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale da inserire nel bando, deve rispettare il principio di (necessaria) proporzionalità tra i requisiti richiesti e l'oggetto dell'affidamento.

Pertanto, l'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando vanno valutate con riguardo non al mero importo dell'appalto, ma al suo oggetto ed alle sue specifiche peculiarità, sicché la richiesta di un determinato fatturato pregresso per servizi identici a quello oggetto di gara va commisurata al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento.

In definitiva, la previsione dei requisiti di ammissione alle procedure di evidenza pubblica - rientrante nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione - oltre a rispettare i principi di proporzionalità ed adeguatezza alla tipologia ed oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara, non deve tradursi in un'indebita riduzione dell'accesso delle imprese presenti sul mercato³.

Anche l'Autorità per la vigilanza sui con-

tratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴ è dello stesso avviso, ribadendo il principio che appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante fissare i requisiti di partecipazione alla gara, anche più stringenti, essendo coesenziale il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.

Di contro, il nostro ordinamento per evitare che la discrezionalità dell'amministrazione possa sconfinare nel più ampio arbitrio e ledere il principio del *favor participationis* prevede la sindacabilità, da parte del giudice amministrativo, della scelta operata dalla stazione appaltante nei casi in cui essa si manifesti irragionevole, irrazionale, sproporzionata, illogica o contraddittoria⁵.

3. Fatturato globale e fatturato specifico.

Come abbiamo visto, la stazione appaltante può discrezionalmente decidere di avvalersi dei bilanci, o loro estratti, in base ai quali valutare l'effettiva capacità imprenditoriale delle imprese concorrenti, oppure della dichiarazione sul fatturato globale e su quello relativo ai servizi e forniture oggetto della gara (fatturato specifico).

Invero, quest'ultimo requisito genera a volte dubbi interpretativi, laddove, per esempio, il requisito temporale degli "*ultimi tre esercizi*" venga sostituito nel bando dalla locuzione "*ultimi tre anni*" ovvero venga richiesta la produzione del fatturato relativo a prestazioni svolte in un determinato periodo, pur non essendo dimostrabile in quanto il bilancio, per ragioni tecniche, non risulti essere ancora approvato.

In tal caso, a fugare ogni sorta di dubbio è intervenuta la sentenza del Consiglio di Stato⁶, chiarendo l'importanza del dato temporale, vale a dire, il momento in cui viene svolto un determinato servizio o fornitura.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha stabi-

¹ Consiglio di Stato 525 del 2009; Cons. Stato, 525 del 2009; Consiglio, Sez. V, 17 maggio 2005 n. 2465 e 5 settembre 2008 n. 4283; Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5823; Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442

² cfr. ad es. TAR Liguria Genova, sez. II, 23 giugno 2005, n. 940 e Consiglio di Stato, sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1860

³ CdS, VI, 23.7.2008 n.3665

⁴ parere 24.1.2007, n. 20 e parere 8.11.2007, n. 97

⁵ cfr. CdS, IV, 22.10.2004, n. 6967

⁶ CdS, IV, 25.11.2008, 5808

lito che il riferimento agli “*ultimi tre anni*” non può essere letto in modo avulso dal contesto della clausola in questione, e specificamente dall’impiego, nel testo della stessa, del termine “*fatturato*”: il termine “*fatturato*” richiama un dato contabile e finanziario, piuttosto che meramente storico.

Per “*fatturato*” deve intendersi non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio (che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia contabile e finanziaria).

Pertanto si deve ritenere che l’unico modo con cui la stazione appaltante può agganciare a un riferimento certo l’individuazione di un dato, quale quello richiesto ai concorrenti, è quello di riferirsi ai bilanci di esercizio, unici documenti contabili che consentano di ricostruire il “*fatturato*” in maniera non arbitraria od opinabile.

Diversamente opinando, sussisterebbero incertezze e rischi di contestazioni con riguardo all’individuazione del *dies ad quem* del riferimento temporale ben potendo, nell’eventuale silenzio della *lex specialis*, farsi riferimento indifferentemente ai tre anni anteriori alla pubblicazione del bando, ovvero ai tre anni anteriori alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Non solo ulteriori incertezze potrebbe crearsi soprattutto per la possibilità di documentare servizi svolti ma non ancora “*fatturati*” (essendo dato di comune esperienza che sovente determinate prestazioni, svolte in un determinato anno, vengono fatturate in un momento successivo e quindi inserite nel bilancio dell’anno seguente).

Altra problematica, sempre connessa alla prova dei requisiti di cui all’art. 41 lett. c) del d. lgs. cit., riguarda la questione della legittimità (o meno) della clausola del bando di gara che impone al concorrente di comprovare il solo possesso del requisito del fatturato globale e non anche quello del fatturato specifico.

Anche in tal caso la giurisprudenza è divisa. Per alcuni, la clausola del bando che prescrive il solo fatturato globale è illegittima in

quanto l’art. 41, lett. c) del d. lgs. n. 163 del 2006, per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria delle imprese partecipanti, impone che l’amministrazione appaltante richieda una dichiarazione concernente sia il fatturato globale dell’impresa, sia l’importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi; tale norma, pertanto, obbligherebbe le amministrazioni appaltanti – ad avviso dei Giudice piemontesi – a parametrare la capacità economica e finanziaria sul fatturato specifico, riferito ai servizi oggetto di gara, e non limitato al fatturato globale⁷.

Di diverso avviso è il Consiglio di Stato⁸, il quale in una recentissima decisione ha finalmente chiarito la corretta interpretazione dell’art. 41 lett. c) d. lgs. cit.: “*la disposizione contenuta nell’art 41 del d. lgs. 163/06, consente all’amministrazione appaltante di inserire nel bando di gara la richiesta di prova della capacità economica e finanziaria attraverso una dichiarazione che riguardi sia il fatturato globale, sia il fatturato del settore oggetto dell’appalto, ma solo la dichiarazione del primo dato è indispensabile (nell’ambito della scelta discrezionale dei documenti ritenuti più opportuni al fine della prova del requisito in esame) ai fini della legittimità del bando, laddove la richiesta del secondo dato è rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione, il cui concreto esercizio, com’è noto sfugge al sindacato di legittimità allorquando non risulti essere manifestamente illogica, arbitraria, irragionevole o irrazionale*”.

In altri termini, le stazioni appaltanti sono obbligate, al fine di verificare la sussistenza dei requisiti di capacità economica e finanziaria, a richiedere nel bando una dichiarazione attestante il fatturato globale nel settore oggetto dell’appalto mentre sono libere di richiedere o meno la dichiarazione sul fatturato specifico.

4. Entità del fatturato e soglia di non “ *censurabilità*” - casistica giurisprudenziale.

Altra problematica strettamente attinente

⁷ TAR Piemonte, sez I, 10.10.2008, n. 2568

⁸ CdS 23.2.2010, n. 1040

ai requisiti di partecipazione *ex art.* 41 d. lgs. cit. è la questione relativa all'entità del fatturato che le stazioni appaltanti possono richiedere al fine di garantirsi in merito alla serietà ed affidabilità economica-finanziaria dei concorrenti.

La giurisprudenza non ha elaborato dei criteri univoci per dimostrare la soglia di non "censurabilità" della clausola del bando con riferimento all'entità del fatturato da comprovare al fine di verificare l'esperienza maturata nel settore oggetto della gara; tuttavia, è stata individuata dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁹ e dal Giudice Amministrativo¹⁰ una "linea di confine" al di là della quale il Giudice amministrativo potrebbe ritenere incongrua e lesiva del *favor participationis* la clausola del bando che contenga la dimostrazione di un fatturato globale eccessivo.

Detto limite è stato individuato nella richiesta di un fatturato nel triennio pregresso sino al doppio dell'importo posto a base d'asta.

E' stata, altresì, ritenuta legittima dalla giurisprudenza la clausola che prevede il possesso di un fatturato da parte delle imprese partecipanti pari a 1,50 volte l'importo posto a base d'asta realizzato mediamente negli ultimi tre anni nonché la clausola che limiti la partecipazione alla gara alle imprese che vantino un fatturato globale, nel triennio precedente, pari all'importo complessivo dell'appalto¹¹.

Al contrario, è stato ritenuto illegittimo il bando che richieda ai concorrenti, per la partecipazione alla gara, un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto medesimo, con conseguente illogica ed irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipabilità alla gara e l'oggettiva tipologia della gara; più in generale va osservato che la necessaria libertà valutativa di cui dispone la PA appaltante nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica che alla stessa compete in sede di predisposizione della *lex specialis* della gara, deve pur sempre ritenersi limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia di rispetto di principi fonda-

mentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara, quali quelli della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa. Ancora, il Consiglio di Stato ha dichiarato l'illegittimità della prescrizione del bando che richiede il possesso di un fatturato nell'ultimo triennio di importo pari a sette volte l'importo posto a base d'asta, così come il TAR ha ritenuto illegittima la richiesta di un fatturato dell'ultimo triennio che si attesti su una soglia minima pari a più di quindici volte l'ammontare dell'importo posto a base dell'appalto¹² o addirittura per un importo equivalente ad oltre diciassette volte il prezzo a base d'asta¹³.

Un'altra clausola ritenuta illegittima è quella che limita la partecipazione alla gara alle sole imprese con un bilancio in attivo nell'ultimo quinquennio senza prevedere strumenti ulteriori o alternativi per la dimostrazione del requisito come quelli elencati dall'art. 42 del d. lgs. n. 163/2006.

A tal proposito, infatti, come abbiamo già in precedenza rilevato, sebbene le amministrazioni appaltanti abbiano la facoltà di introdurre ulteriori clausole, deve ritenersi illegittima ed incongrua quella clausola del bando che conduce alla automatica esclusione delle imprese che hanno riportato una perdita di esercizio relativamente ad uno solo degli ultimi cinque anni, escludendo la possibilità di valutare ulteriori elementi idonei a suffragare un complessivo giudizio di capacità economica ed affidabilità, quali i bilanci decisamente in attivo in tutti gli anni successivi, la pregressa esperienza maturata in servizi analoghi con le pubbliche amministrazioni, le dichiarazioni bancarie, le dichiarazioni dei redditi o le dichiarazioni IVA.

Del resto, una società nell'ultimo quinquennio può anche presentare almeno un bilancio in negativo, ma non per questo deve essere considerata inaffidabile economicamente (la perdita di esercizio in uno degli anni dell'ultimo quinquennio può avere cause diverse quali operazioni societarie di espansione mediante incorporazione delle control-

⁹ Deliberazione n. 20/2007 cit.

¹⁰ CdS, V, 31.1.2006, n. 348

¹¹ CdS, VI, 26.1.2007, n. 292

¹² TAR Lecce, sez. II, 2.1.2008, n. 1

¹³ TAR Emilia Romagna, Bologna, I, 11.4.2008, n. 1424



late e al contempo avere una gestione economica nel complesso solida).

Inoltre, il Consiglio di Stato¹⁴ ha ritenuto legittima la clausola del bando di una gara relativa a forniture di prodotti innovativi (nella specie si trattava di una gara per la stipula di un accordo quadro della durata di cinque anni per la fornitura di n. 100 autobus elettrici a batteria innovativa ad alta capacità con manutenzione full service) che richiedeva, per la partecipazione alla gara stessa, il possesso da parte delle imprese di un fatturato elevato (non inferiore ai 10.000.000,00 di euro nel triennio), a fronte di un importo complessivo dell'accordo quadro stimato, per l'intero quinquennio di validità, in complessivi euro 40.250.000,00.

A giudizio del Consiglio di Stato, il requisito richiesto non è nè illogico nè sproporzionato, ma è ragionevole e coerente con la rilevanza economica dell'appalto, atteso che i soggetti che vogliono partecipare alla gara devono dimostrare l'idoneità tecnica e finanziaria a svolgere l'attività oggetto di affidamento.

D'altro canto, ulteriore argomento a favore della congruità della clausola è stato ravvisato dai Giudici di Palazzo Spada nel fatto che, in precedenza, un'altra gara avente il medesimo oggetto, non si era conclusa con la stipula del contratto per la rinuncia dell'impresa aggiudicataria, non in grado di sostenere l'onerosità degli impegni connessi al periodo di garanzia richiesto dalla stazione appaltante.

Per completare il quadro giurisprudenziale sopra riportato, va aggiunto che tra le prescrizioni ulteriori ritenute illegittime, va annoverata anche quella che prevede quale requisito di partecipazione, il possesso in capo ai concorrenti di un patrimonio netto di importo particolarmente elevato, e/o comunque eccessivo rispetto alle finalità perseguite dalla PA con l'espletamento della procedura di evidenza pubblica; tale requisito di partecipazione, infatti, è incongruo, sia perché il suddetto fine può essere comunque perseguito con la previsione di un importo, relativo al requisito in questione, sensibilmente inferiore a quello indicato nel disciplinare di gara, sia perché, conseguentemente, suscettibile di escludere

dalla gara imprese di dimensioni medie e quindi di restringere in modo irrazionale il potenziale numero dei partecipanti.

5. Consorzi, raggruppamento di imprese e avvalimento.

Infine, va affrontata la problematica dei requisiti di capacità economica e finanziaria ex art. 41 d. lgs. cit. con riferimento ai consorzi di concorrenti, ai raggruppamenti di imprese e alle imprese ausiliarie che utilizzano per la partecipazione il sistema del c.d. "avvalimento".

Occorre preliminarmente distinguere le due figure dei consorzi e dei raggruppamenti di imprese.

Con riferimento ai primi, i consorzi, pur disponendo di un'organizzazione comune, sono privi di una struttura comune di impresa e partecipano, quindi, alle gare pubbliche al fine di far eseguire gli appalti ai propri consorziati.

Ai consorzi di concorrenti il legislatore estende l'applicazione delle disposizioni riguardanti le associazioni temporanee, seppure la giurisprudenza abbia chiarito che le peculiarità che contraddistinguono il consorzio di concorrenti non autorizzano l'applicazione *tout court* delle disposizioni riguardanti le associazioni temporanee¹⁵.

Ai fini della partecipazione alle gare, la mancanza di personalità giuridica non consente, in linea con quanto accade per i raggruppamenti di imprese, di conseguire un'autonoma qualificazione; pertanto il possesso dei requisiti va verificato, in ogni singola gara, in capo alle singole imprese riunite.

Di conseguenza, per quanto concerne la dimostrazione dei requisiti da parte di tutti i consorziati o del solo consorziato designato quale esecutore dell'appalto, va precisato che il consorzio, a prescindere dal fatto che sia un consorzio stabile o un consorzio ordinario, deve dare dimostrazione, nei modi previsti, del possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengano individuati come esecutori di prestazioni scaturenti dal contratto.

Qualora il consorzio abbia individuato uno specifico consorziato per l'esecuzione, ma si

¹⁴ CdS, 2.2.2010, n. 426

¹⁵ CdS, V, sent. n. 6343 del 24.10.2002 e TAR Lazio, III quater, n. 2336 del 16.3.2007

sia anche riservato di affidare l'esecuzione in parola alle altre imprese consorziate, è obbligato ad esplicitare che tutte le imprese facenti parte del consorzio siano in possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione contrattuale.

In caso di Ati, il possesso dei requisiti economici può essere dimostrato facendo riferimento alla sommatoria dei mezzi e delle qualità delle imprese facenti parte del raggruppamento. Ciò peraltro non esclude che la sommatoria delle dette capacità possa essere ritenuto insufficiente, e ciò accade allorché la *lex specialis* preveda una soglia minima quantitativa per ciascuna impresa: un eccessivo frazionamento del requisito renderebbe l'accertamento scarsamente attendibile, diminuendo l'efficacia del giudizio sull'affidabilità dell'impresa e la tutela del correlato interesse pubblico.

In tal caso, occorrerà verificare la necessaria corrispondenza tra il requisito posseduto e la parte del servizio, dell'opera o della fornitura effettuata da ciascuna delle imprese associate. L'accertamento della capacità economica e finanziaria del raggruppamento partecipante deve necessariamente essere condotto nei confronti delle singole imprese, onde garantire la possibilità dell'amministrazione di potersi rivolgere efficacemente a fini risarcitori all'una o all'altra delle imprese raggruppate.

Discorso a parte merita la verifica dei requisiti tecnico-economici con riferimento all'istituto dell'avvalimento.

In tal caso, come affermato in giurisprudenza,¹⁶ il controllo sul possesso dei requisiti

¹⁶ Tar Campania, Napoli, Sez. I – 23.4.2009, n. 2148

economici di partecipazione, non può prescindere dalla specifica indicazione di tutti i requisiti di cui l'impresa ausiliaria intende avvalersi.

Ad avviso del TAR: *“l'art. 49, co. 2 lett. a), del d. lgs. n. 163/2006 deve essere interpretato coerentemente con la ratio, sottesa alla normativa in tema di controllo sul possesso dei requisiti di partecipazione (art. 48 del d. lgs. n. 163/2006), della agevole verifica, da parte della stazione appaltante, di quanto dichiarato in sede di gara, soprattutto quando i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo risultino distribuiti tra impresa concorrente ed impresa ausiliaria. Ne discende che la specificazione dei requisiti, contenuta nella dichiarazione di avvalimento, non può essere resa per il tramite di un generico rinvio a tutti i requisiti “economico finanziari e tecnico organizzativi necessari per la partecipazione alla gara”, ma deve indicare, in maniera dettagliata, i singoli requisiti (fatturato globale, fatturato specifico, risorse organizzative ed umane) di cui l'impresa ausiliata intende avvalersi; ciò al fine di consentire un efficace controllo incrociato sul possesso dei requisiti nei confronti sia della ditta concorrente sia di quella ausiliaria”¹⁷.*

Ne consegue l'obbligo dell'impresa ausiliaria, pena l'invalidità della dichiarazione di avvalimento, di giustificare nel dettaglio i singoli requisiti di capacità economica e finanziaria posseduti dall'impresa concorrente di cui intende avvalersi.

¹⁷ cfr. in tal senso TAR Piemonte, Sez. II, 17.3.2008 n. 430

LA “CLASS ACTION” NEI SERVIZI PUBBLICI? COMMENTO ALL’AZIONE GIUDIZIALE INTRODOLTA DAL D. LGS. N. 198/2009

dell’Avv. Federico Mazzella

Il d. lgs. 20.12.2009, n. 198, in attuazione dell’art. 4 della l. 4.3.2009, n. 15, ha introdotto nell’ordinamento il cd. “ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici”: un’azione degli utenti/consumatori, di carattere ripristinatorio (ma non anche risarcitorio), attribuita alla competenza esclusiva (ma non anche di merito) del giudice amministrativo

1. L’azione ripristinatoria nei servizi pubblici: dalla sua previsione con l’art. 4 della l. delega 4.3.2009, n. 15 alla sua attuazione con il decreto delegato 20.12.2009.

L’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 [...]”) ha delegato il governo “a prevedere mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici fissati o che violano le norme preposte al loro operato” (art. 4, co. 1, l. n. 15/2009) e, a tal fine, ha indicato i principi ed i criteri direttivi ai quali l’esecutivo dovrà attenersi nell’esercizio della delega.

In particolare, ed in via riassuntiva, l’art. 4, co. 2, lett. 1) della l. n. 15/2009 ha disposto che venisse data azione davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva e di merito, nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi, responsabili di aver provocato una lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori mediante una loro: *i)* violazione di standard qualitativi ed economici; *ii)* violazione degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi; *iii)* omissione nell’esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori; *iv)* violazione dei termini o mancata emanazione di atti amministrativi generali. Tale azione, prosegue la norma di delega in esame, qualora accolta, dovrà portare ad un ordine del giudice all’ammini-

strazione od al concessionario intimati “di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti” predetti; con la precisazione che, nei casi di perdurante inadempimento da parte dei destinatari dell’ordine, il medesimo giudice disponga la nomina di un commissario. Resta fuori, per espressa scelta del legislatore, la possibilità del risarcimento del danno, il quale, pertanto, da un lato, non potrà essere disposto dal giudice né in sede di accoglimento della domanda dell’interessato né a seguito dell’inottemperanza di amministrazione o concessionario; e per il quale, quindi, dall’altro, “resta ferma la disciplina vigente”.

L’esclusione, appena vista, del risarcimento del danno dall’azione introdotta dalla l. n. 15/2009, invero, ha portato i primi commentatori a rilevare come la definizione di “class action” apparisse inappropriata, stante la sua funzione meramente ripristinatoria e non anche risarcitoria¹. In proposito, infatti, è stato

¹ In tal senso, v. G. BUZZI, *La Class action nella PA*, su www.altalex.it, 4.03.2010; per la quale “l’azione collettiva nei confronti della PA può, pertanto, essere considerata un mero reclamo per un disservizio ricevuto”; e A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della PA tra favole e realtà*, su www.giustamm.it, 10.11.2009; per il quale “la locuzione class action è del tutto atecnica, poiché detto istituto, nella sua conformazione di derivazione statunitense, è un’azione collettiva volta a richiedere il risarcimento dei danni da parte di una pluralità di consumatori. Nel caso della legge Brunetta, invece, ci troviamo di fronte ad una azione, senza alcuna finalità risarcitoria, volta ad ordinare all’amministrazione l’adempimento di alcuni obblighi normativi (in senso kelseniano), che incidono su interessi diffusi degli amministrati: è dunque

notato che il ricorso in questione non costituisce una tradizionale “*class action*” costruita sul modello statunitense, ma “*uno strumento che consente di rimediare, anche mediante un’azione in forma collettiva, alle inefficienze della pubblica amministrazione (e dei concessionari) mediante il recupero della qualità del servizio*”, per cui la norma “*esclude il risarcimento del danno proprio perché l’azione così delineata mira a ristabilire il corretto esercizio, per tutti, della funzione, con il sollecito ripristino dell’efficienza del servizio e della sua trasparenza, e non, invece, il risarcimento del danno per il singolo, comunque possibile attraverso le vie ordinarie consentite dal nostro ordinamento*”².

E’ in questo quadro, quindi, che la previsione dell’art. 4 della l. n. 15/2009 ha trovato attuazione nel d. lgs. 20.12.2009, n. 198, il quale ha introdotto nell’ordinamento il cd. “*ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*”, disciplinandolo come una forma di giudizio speciale³ volto a “*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*” (art. 1, co. 1).

Prima di entrare nello specifico di tale disciplina, tuttavia, occorre premettere due – prime (in quanto, si vedrà, non uniche) – divergenze tra la legge delega ed il decreto delegato. La prima: se la l. n. 15/2009 aveva inteso devolvere l’azione alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo (art. 4, co. 2, lett. 1, n. 2, l. n. 15/2009), il

d. lgs. n. 198/2009, invece, ne ha limitato la competenza alla sola giurisdizione (esclusiva) di legittimità, escludendo l’estensione di questa anche al merito (art. 1, co. 7, d. lgs. n. 198/2009). La seconda: l’omesso esercizio dei poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori indicato dalla legge delega tra le cause di lesione degli interessi della pluralità degli utenti o dei consumatori da questi azionabili, non viene riportato dal decreto delegato; per il quale, quindi, la lesione azionabile può (solamente) derivare, nell’ordine, da: a) “*violazione di termini o 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*”; b) “*violazione degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi*”; c) “*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, d. lgs. n. 198/2009).

2. La disciplina del ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici: le parti.

Ai sensi dell’art. 1, co. 1, del d. lgs. n. 198/2009 la legittimazione attiva a proporre il “*ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*” è riconosciuta, in primo luogo, ai “*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*”, i quali devono lamentare “*una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*” in conseguenza delle violazioni od omissioni che si sono da ultimo viste in fine del precedente paragrafo. In secondo luogo, il successivo c. 4 del medesimo art. 1 attribuisce la legittimazione ad agire, anche alle “*associazio-*

un’azione di adempimento a tutela di interessi di classe”.

² Così, S. DORE – G. LECCISI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo recante “Attuazione dell’art.4 della l. 4.3.2009, n. 15, in materia di ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*”, su www.giustamm.it, 13.11.2009.

³ Attualmente, infatti, le disposizioni del d. lgs. n. 198/2009 risultano riprodotte nel Capo III “*Azione collettiva per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*” Titolo V “*Riti abbreviati relativi a speciali controversie*” del Libro IV “*Ottemperanza e riti speciali*”, del disegno di legge recante il riassetto della disciplina del processo amministrativo, ed ivi inserite agli artt. 136 e ss. del relativo testo. In proposito è interessante notare come la rubrica del Capo III usi l’espressione “*azione collettiva*”, laddove il d. lgs. n. 198/2009 parli di “*ricorso*”.

ni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori”.

La legittimazione passiva rispetto all'azione ripristinatoria nei servizi pubblici, invece, coinvolge le amministrazioni pubbliche ed i concessionari⁴ di tali servizi (art. 1, co. 1, d. lgs. n. 198/2009) – e, nello specifico, “gli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni di cui al co. 1” (art. 1, co. 5) – con la espressa esclusione delle autorità amministrative indipendenti, degli organi giurisdizionali, delle assemblee legislative e degli altri organi costituzionali, nonché della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 1, co. 1-ter). Tali esclusioni, invero, hanno destato non poche perplessità in dottrina, perché se appare condivisibile la sottrazione degli organi giurisdizionali, delle assemblee legislative e degli altri organi costituzionali⁵, meno comprensibile – e giustificabile, sotto il profilo della legittimità costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 3, 97 e 113 cost. – appare il regime di favore di cui verrebbe a godere la Presidenza del Consiglio dei Ministri, da un lato, rispetto proprio agli altri dicasteri che è chiamata a presiedere⁶, così come le autorità am-

⁴ In proposito, deve rilevarsi come la lettera della norma utilizzi il termine “concessionari” e non “gestori”, per cui potrebbero sorgere dubbi interpretativi in merito all'ampiezza dei destinatari “privati” del ricorso per l'efficienza nei servizi pubblici: se solo quelli che esercitano tali servizi sulla base di una concessione o se anche quelli che operano in virtù di un diverso rapporto gestorio con l'amministrazione pubblica.

⁵ Sul punto, v. A. BARTOLINI, cit., il quale definisce ultronea “l'esclusione dal proprio ambito di operatività degli organi costituzionali e giurisdizionali, essendo già chiaro e palese che questi ultimi non rientrano nel concetto di amministrazioni pubbliche”.

⁶ In proposito, v. A. BARTOLINI, cit., il quale richiama “la pronuncia della Consulta sul lodo Alfano, dove si è precisato che il Presidente (ma anche la Presidenza) del Consiglio non può beneficiare di privilegi e soprattutto di esenzioni in termini di responsabilità, non essendo, alla luce del quadro costituzionale, primo super pares, ma primo inter pares” e ne deriva che “per la proprietà transitiva le medesime regole considerazioni dovrebbero valere per l'organo Presidenza del Consiglio laddove disposizioni legislative sottraggano la medesima al controllo giudiziario previsto per gli altri ministeri e più in generale per tutte le pubbliche amministrazioni”.

ministrative indipendenti, dall'altro, le quali, proprio in ragione della particolare autonomia che viene loro riconosciuta dal ruolo di garanti dell'efficienza e del buon andamento dell'azione amministrativa che sono chiamate a svolgere, non per questo debbono essere sottratte da qualsivoglia forma di controllo⁷.

Per quel che più specificamente attiene ai privati concessionari, sia a livello nazionale che locale⁸, l'azione in esame potrebbe rivelarsi un'arma spuntata: come si è già anticipato, infatti, la giurisdizione del giudice amministrativo che nel disegno della legge delega avrebbe dovuto essere “esclusiva e di merito”, nell'attuazione di cui al decreto delegato è diventata solo “esclusiva”. Si tratta di un profilo che è rimasto, per così dire, nella penna del legislatore delegato e che appare, altresì, limitante dei poteri che il giudice (amministrativo) può esercitare nel corso del giudizio instaurato con il ricorso per l'efficienza nei servizi pubblici. Appare difficile comprendere, infatti, come tale giudice, munito della sola potestà che è propria della giurisdizione amministrativa di legittimità, possa sindacare le questioni relative al merito della gestione effettiva e concreta del servizio pubblico (di cui si lamenta il non corretto svolgimento o la non corretta erogazione) – le quali necessa-

⁷ In questi termini, v., S. DORE – G. LECCISI, cit., e A. BARTOLINI, cit., il quale osserva come le autorità indipendenti “proprio perché godono di uno statuto giuridico particolare, non sembrano poter essere sottratte al controllo giudiziario previsto per le PA: dette amministrazioni, difatti, essendo sganciate dal circuito politico-rappresentativo, a maggior ragione devono essere soggette al controllo giudiziario, diventando, altrimenti, istituzioni autoreferenziali”. Sempre in relazione all'esclusione della legittimazione passiva delle autorità indipendenti, v. anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, su www.apertacontrada.it, 5.3.2010; la quale adombra un contrasto con i criteri enunciati dalla legge delega, che, come si è visto, aveva previsto che l'azione potesse essere esperita anche nel caso di mancato esercizio di poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori, “ovvero rispetto ad attività spesso assegnate ad amministrazioni indipendenti”.

⁸ In tal senso, v., S. DORE – G. LECCISI, cit., i quali sottolineano come, in relazione ai concessionari di servizi pubblici “la genericità della formulazione consente di fare riferimento sia ai gestori nazionali sia a quelli locali”.

riamente coinvolgono anche le scelte organizzative del concessionario – e, conseguentemente, disporre le misure più idonee per consentirne il ripristino (sul punto si tornerà più avanti, *sub IV*).

Non a caso, del resto, come è stato rilevato in dottrina⁹, la formulazione dell'art. 4, co. 2, lett. 1, n. 4, della l. n. 15/2009 (di delega), stabiliva che il legislatore delegato avrebbe dovuto “prevedere che, all'esito del giudizio, il giudice ordini all'amministrazione o al concessionario di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti”; misure che, quindi, sarebbe stato lo stesso giudice a poter – in quanto dotato di una potestà giurisdizionale esclusiva e di merito (art. 4, co. 2, lett. 1, n. 2) – individuare e, pertanto, a dover imporre. Mentre, il d. lgs. n. 198/2009 (delegato) ha escluso la cognizione di merito del giudice amministrativo (art. 1, co. 7) e, conseguentemente, ha soppresso ogni riferimento alle “misure idonee”, sfumando l'ordine giudiziale alla pubblica amministrazione o al concessionario in una mera assegnazione di un “congruo termine” – sulla perentorietà del quale si tornerà più avanti – entro il quale “porvi rimedio” (art. 4, co. 1); con ciò, quindi, lasciando agli intimati la concreta individuazione delle misure da adottare.

A tale proposito, invero, la medesima dottrina ha avuto modo di sostenere che proprio la presenza di soggetti privati tra i concessionari di servizi pubblici potrebbe essere una delle ragioni che ha spinto il legislatore delegato ad escludere, in sede di adozione del d. lgs. n. 198/2009, l'estensione anche al merito della giurisdizione del giudice amministrativo (con le conseguenze che si sono viste), al fine di salvaguardare l'autonomia organizzativa e gestionale di tali soggetti¹⁰.

⁹ In proposito, v. A. SCOGNAMIGLIO, cit.

¹⁰ Sul punto, v. A. SCOGNAMIGLIO, cit., la quale osserva come, nel passaggio dalla legge delega al decreto delegato, “la diversa formulazione della norma e la diversa qualificazione del tipo di giurisdizione attribuita al giudice amministrativo sembrano scontare proprio la difficoltà di sottoporre i concessionari privati, che godono di autonomia costituzionalmente protetta, all'esercizio di poteri così penetranti da parte del giudice”.

3. (segue): il giudizio.

Sotto il profilo procedurale, il d. lgs. n. 198/2009, impone un adempimento preliminare alla proposizione dell'azione giudiziaria, per cui “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” (art. 3, co. 1). Destinatario di detta diffida è “l'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario”, il quale, è conseguentemente tenuto 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”; iii) curare “che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause”; nonché iv) comunicare all'autore della diffida tutte le iniziative assunte (art. 3, co. 1)¹¹. 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 deve essere promossa “entro il termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine di cui [alla medesima diffida]” (art. 3, co. 2).

La proposizione del ricorso – che deve avvenire “nei confronti degli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni” contestate (art. 1, co. 5) – comporta una serie di adempimenti in capo ai suoi destinatari che rispondono ai principi di pubblicità e di trasparenza, per cui ne deve essere “data immediatamente notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati” e deve essere “altresì comunicato al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione” (art. 1, co. 2). La finalità di tali prescrizioni appare duplice: da un lato, infatti, mirano a consentire ai “soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente [di] interve-

¹¹ La medesima norma prevede, altresì, che “l'amministrazione o il concessionario destinatari della diffida, se ritengono che la violazione, l'omissione o il mancato adempimento sono imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari, invitano il privato a notificare la diffida anche a questi ultimi”.

nire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso" (art. 1, co. 3); e, dall'altro, correlativamente, attivano un processo di responsabilizzazione interno agli enti intimati, cui spetta l'ulteriore incombenza di informare "immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto, il quale può intervenire nel giudizio" (art. 1, co. 5).

Il giudice (amministrativo), ricevuto il ricorso, deve, in primo luogo, fissare d'ufficio la prima udienza di discussione del ricorso "in una data compresa tra il novantesimo ed il centoventesimo giorno dal deposito" dello stesso (art. 1, co. 3) e, in secondo luogo, verificare la sussistenza dei presupposti dell'azione, giudicando la sussistenza della lesione dell'interesse (giuridicamente rilevante ed omogeneo per una pluralità di utenti e consumatori) fatto valere, tenendo conto "delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimiate" (art. 1, co. 1-bis)¹²; quindi, "nella prima udienza, se ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio" (art. 1, co. 5).

Si è visto come nel giudizio sia ammesso l'intervento, da un lato, dei "soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente" (art. 1, co. 3) e, dall'altro, dal "dirigente responsabile di ciascun ufficio [dell'amministrazione o del concessionario intimati] coinvolto" (art. 1, co. 5). Per il primo, invero, la norma prescrive il termine di "venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso", mentre per il secondo non viene indicata alcuna scadenza: tuttavia,

¹² In proposito, A. SCOGNAMIGLIO, cit., ha rilevato l'anomalia di tale previsione, in quanto afferente "un ordine di valutazioni che intervengono in genere nella fase conclusiva del processo e riguardano non già l'esistenza del diritto, ma le modalità, ed anche i limiti, della sua concreta soddisfazione: nel caso del comma 1 bis, invece, le valutazioni circa l'eccessiva onerosità o l'impossibilità di adempiere, per l'amministrazione intervengono nella fase introduttiva e condizionano la stessa procedibilità della domanda", avvertendo come, in tal modo, la norma in questione "offre all'amministrazione un'arma agevole per paralizzare il ricorso fin dal suo nascere, solo che essa dimostri la limitatezza delle risorse strumentali, finanziarie ed umane (prova che non è difficile fornire)".

in un'ottica sistematica, si è portati a ritenere che l'intervento in giudizio del dirigente dell'ente intimato debba comunque avvenire entro l'udienza fissata dal giudice, per non dilatare i tempi del giudizio medesimo per il quale il decreto delegato sembra aver dettato una disciplina improntata ad un principio di celerità (come dimostra la disposizione di natura acceleratoria contenuta nell'art. 1, co. 3, che prevede che "l'udienza di discussione del ricorso ... viene fissata d'ufficio, in una data compresa tra il novantesimo ed il centoventesimo giorno dal deposito del ricorso")¹³.

4. (segue): la sentenza e la sua esecuzione.

Il giudice, qualora accerti la violazione, l'omissione o l'inadempimento lamentati dal ricorrente, ne accoglie la domanda, per l'effetto "ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine" – che, nel silenzio della legge, dovrà presumibilmente assegnare ed indicare nella sentenza –, con la precisazione, di nuovo, che tale rimedio debba intervenire "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). In

¹³ In riferimento all'intervento in giudizio del dirigente, v. G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, su www.lexitalia.it, 2/2010, il quale mettendolo in relazione con la mancata estensione anche al merito della potestà giurisdizionale del giudice cui è devoluta l'azione ripristinatoria nei servizi pubblici, osserva come "l'intervento in giudizio del dirigente cui è imputabile la disfunzione è evidentemente strumentale ad introdurre nel giudizio cause di giustificazione di carattere organizzativo, problematicità ambientali, difficoltà strutturali, condizioni oggettive e soggettive del personale assegnato, insomma, gli elementi concreti che hanno indotto a privilegiare alcune scelte organizzative piuttosto che altre o che hanno reso oggettivamente inevitabile la violazione degli standard: è in questo giudizio che il dirigente predispose la difesa dell'operato svolto, in vista della sua eventuale chiamata in responsabilità da parte dell'amministrazione", conclude sottolineando come tale giudizio dovrebbe essere – al contrario di come è stato disciplinato dal d. lgs. n. 198/2009 e, viceversa, in linea con quanto originariamente previsto dalla l. n. 15/2009 – "caratterizzato da un sindacato profondo ed intrinseco sull'azione amministrativa, ben diverso dai consueti schemi del giudizio di legittimità".

proposito, occorre notare come la lettera della norma parli di “*congruo termine*”, senza espressamente qualificarlo come perentorio; e la dottrina ha subito rimarcato “*la necessità fondamentale di prevedere la perentorietà del termine per l'esecuzione dell'ordine del giudice che definisce il giudizio con sentenza di accoglimento: infatti, in assenza di un termine perentorio, la possibilità di eseguire la sentenza rischierebbe di essere vanificata dall'eccezione, prevista dal medesimo comma, dei limiti delle risorse strumentali, finanziarie e umane nonché degli oneri per la finanza pubblica*”¹⁴.

Tale ultimo limite ai poteri del giudice connesso all'esclusione di ogni eventuale aggravio di spesa pubblica, invero, oltre a rappresentare un limite alla stessa operatività dell'azione in commento, potrebbe costituire una discriminazione nei confronti dei concessionari privati, per i quali tale limitazione potrebbe non operare (salvo il caso in cui l'esecuzione della sentenza non comporti, ad esempio, una revisione di quanto stabilito in concessione che, quindi, in ultima analisi, si traduca in un maggiore onere per la finanza pubblica).

Sempre in tema di limitazioni, si è detto (*sub I*) dell'esclusione della possibilità di chiedere il risarcimento del danno con l'azione in commento: delle ragioni di tale scelta del legislatore già in sede di delega, e delle critiche che le sono state mosse in dottrina, preoccupata dalla ridotta efficacia del rimedio giudiziale così previsto. Invero la rilevata inefficacia viene paventata sia nei confronti dei destinatari stessi dell'azione, i cui comportamenti contrastanti con la corretta erogazione del servizio pubblico cui sono preposti non verrebbero stigmatizzati con la forza necessaria per imporre loro un miglioramento, sia in relazione all'*appeal* che tale azione può avere per coloro che sono legittimati a proporla¹⁵.

¹⁴ Così, v., S. DORE – G. LECCISI, cit..

¹⁵ In proposito, S. DORE – G. LECCISI, cit., hanno proposto di inserire la previsione, in caso di accoglimento del ricorso, della condanna della parte resistente (amministrazione o concessionario) al pagamento delle spese di giudizio, osservando come “*una previsione del genere consentirebbe ai ricorrenti di evitare di so-*

Un qualche forza cogente alla sentenza potrebbe, tuttavia, derivare dalla previsione secondo cui le devono essere garantite le medesime forme di pubblicità che si sono viste accompagnare la proposizione del ricorso; e, quindi, ne deve essere notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati, nonché comunicazione al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione (v. l'art. 4, co. 2, che richiama l'art. 1, co. 2). Non solo: sono previste anche ulteriori forme di pubblicità diverse a seconda che la sentenza accolga una domanda nei confronti della pubblica amministrazione ovvero di un concessionario. Nel primo caso, “*è comunicata, dopo il passaggio in giudicato, agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione e all'Organismo di cui agli artt. 13 e 14 del d. lgs. 27.10.2009, n. 150*”¹⁶, alla procura regionale della Corte dei Conti per i casi in cui emergono profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza” (art. 4, co. 3). Nel secondo, invece, “*è comunicata all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli*

stenere oneri patrimoniali di qualsiasi natura in caso di accertata violazione degli obblighi da parte della PA” e dei suoi concessionari.

¹⁶ Nello specifico, l'art. 13 disciplina la “*Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche*”, la quale “*opera in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica e con il ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato ed eventualmente in raccordo con altri enti o istituzioni pubbliche, con il compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale, informando annualmente il Ministro per l'attuazione del programma di Governo sull'attività svolta*”; mentre il successivo art. 14 gli “*Organismi indipendenti di valutazione della performance*” di cui devono dotarsi le amministrazioni, singolarmente o in forma associata, in sostituzione dei servizi di controllo interno di cui al d. lgs. n. 286/1999.

obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina” (art. 4, co. 4); valutazioni che, in teoria, potrebbero anche arrivare a sfociare, nei casi di gravi inadempimenti, in una sospensione o, addirittura, in una revoca della concessione.

I principi di pubblicità e trasparenza informano anche la fase ripristinatoria del corretto esercizio del servizio, successiva all’adozione della sentenza, per cui *“le misure adottate in ottemperanza alla sentenza sono pubblicate sul sito istituzionale del Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione e sul sito istituzionale dell’amministrazione o del concessionario soccombente in giudizio”* (art. 4, co. 6). Qualora, invece, amministrazione o concessionario non ottemperino, il d. lgs. n. 198/2009 consente, solo nei confronti della prima, di agire con il ricorso per l’ottemperanza di cui all’art. 27, c. 1, n. 4, del r.d. 26.6.1924, n. 1054, mentre nulla è detto nel caso di inottemperanza del secondo.

In proposito della possibilità di ricorrere al giudizio di ottemperanza, occorre svolgere una serie di considerazioni, sia sull’operatività in generale di tale istituto nel caso di specie, sia sull’esclusione dal novero dei legittimati dei concessionari privati. Sotto il primo profilo, si è già avuto modo di sottolineare (*sub II*) come i poteri del giudice siano limitati in modo rilevante dalla mancata loro estensione anche al merito, in quanto *“molte delle questioni coinvolte dall’azione di classe sono tradizionalmente considerate come questioni attinenti al merito amministrativo, e come tali non sindacabili in sede di legittimità”*¹⁷. Tale limitazione, a ben vedere, riverbe-

¹⁷ Così, A. BARTOLINI, cit..

randosi sulla portata – e, quindi, in ultima analisi, sull’incisività stessa – dell’ordine che può essere disposto in sentenza, finisce inevitabilmente per pregiudicare anche l’efficacia del rimedio giudiziale dell’ottemperanza ad essa. Quest’ultimo, *“com’è noto esteso anche al merito, ha infatti ad oggetto una pronuncia che costituisce, al contempo, il fondamento ed il limite dell’area di cognizione”* e, pertanto, *“si risolve in uno strumento spuntato se nella pronuncia non sono già state vagliate le cause attuali e remote che si annidano fra le pieghe dell’organizzazione amministrativa, nonché le soluzioni, compatibili con le risorse assegnate, idonee ad assicurare il rispetto degli standard”*¹⁸.

Per quel che concerne, invece, il secondo profilo di criticità, connesso alla limitazione del ricorso al giudizio di ottemperanza nei confronti delle sole amministrazioni pubbliche, con l’esclusione dei concessionari, in dottrina è stato osservato come, nei confronti di questi ultimi, la mancata previsione dei poteri sostitutivi di cui all’art. 27, co. 1, n. 4 del r.d. n. 1054/1924 sia da ritenere ammissibile, trattandosi di soggetti di autonomia privata¹⁹. Tuttavia, la medesima dottrina suggerisce l’introduzione in funzione correttiva di un sistema di *astreinte*²⁰.

¹⁸ Così, G. VELTRI, cit..

¹⁹ Vedi, A. SCOGNAMIGLIO, cit..

²⁰ Le *astreintes*, com’è noto, sono modelli giurisprudenziali presenti nell’ordinamento francese di coercizione indiretta al fine di spingere un obbligato inadempiente alla coazione all’adempimento, e consistono in una somma da pagare da parte del debitore inadempiente qualora questo si rifiuti di ottemperare all’ordine del giudice di eseguire la prestazione dovuta.

REQUISITI DI ORDINE GENERALE PER L'AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE AI SENSI DELL'ART. 38 DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163 NONCHÉ PER GLI AFFIDAMENTI DI SUBAPPALTI. PROFILI INTERPRETATIVI ED APPLICATIVI

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 1 del 12.1.2010 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Come noto l'art. 38 del codice dei contratti - disposizione che declina i requisiti di ordine generale che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi - è stato oggetto di recente modifica legislativa. Il nuovo assetto disegnato dal legislatore ha indotto l'Autorità a riesaminare la materia mediante la predisposizione della determinazione in commento, con la quale si è prefissato il compito di affrontare le tematiche apparse di maggior rilievo al fine di conferire una maggiore certezza dei rapporti, una più accentuata garanzia delle procedure ed una migliore efficienza delle relazioni di mercato.

La determinazione in commento ha il merito di aver affrontato con organicità ogni passaggio contenuto nel richiamato art. 38, fornendo così alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli operatori economici un documento di sicuro aiuto per l'affronto delle concrete problematiche che si possono presentare in sede di partecipazione alle gare. In questa sede, data la corposità del documento, offriamo una elastica panoramica delle numerose questioni affrontate, in modo da fornire al lettore un quadro di riferimento.

1. Inquadramento generale.

In primo luogo, l'Autorità ha delineato gli aspetti generali della norma, qui di seguito richiamati.

Obblighi della stazione appaltante.

Poiché la norma non distingue tra cause di

esclusione obbligatoria e facoltativa, implica che, in presenza di una delle ipotesi in essa ricomprese, sussiste l'obbligo della stazione appaltante di escludere il concorrente, nonché l'impossibilità di stipulare il contratto ovvero il subappalto.

Applicazione agli appalti sotto soglia.

La normativa in questione si applica sia agli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie sia a quelli di importo inferiore in base all'art. 121 del codice, con riferimento ai lavori, ed all'art. 124, co. 7, per quanto attiene ai servizi e alle forniture.

Possesso dei requisiti.

I requisiti elencati devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto.

Il possesso dei requisiti può essere attestato mediante dichiarazione sostitutiva che indichi le eventuali condanne per le quali sia stato accordato il beneficio della non menzione.

Acquisizione d'ufficio delle informazioni.

Le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000, effettuano la verifica del possesso dei requisiti richiesti dall'art. 38 e dichiarati dagli operatori economici in auto-

certificazione, acquisendo d'ufficio le relative informazioni, ivi compresa l'acquisizione d'ufficio del documento unico di regolarità contributiva.

Oneri dei partecipanti.

Ciascun operatore economico partecipante ha, quindi, l'onere di dichiarare tutte le situazioni e/o circostanze potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale espressamente previsti dalla norma.

Obblighi di comunicazione al casellario e di consultazione.

Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità le esclusioni dalle gare, ivi comprese quelle disposte per le ipotesi di falsa dichiarazione, affinché vengano annotate nel casellario informatico. La segnalazione all'Autorità non è limitata al caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ai sensi dell'art. 48 del Codice, ma va effettuata anche a seguito di difetto dei requisiti di ordine generale.

Le stazioni appaltanti sono, inoltre, tenute a consultare il casellario informatico nel corso delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici per l'individuazione degli operatori economici nei cui confronti sussistano cause di esclusione.

Procedimento in contraddittorio.

Con l'operatore economico escluso, per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla procedura di gara, viene instaurato un procedimento in contraddittorio ai fini dell'annotazione nel casellario informatico. A tal proposito l'Autorità ha predisposto un documento allegato alla determinazione che può essere consultabile sul sito.

Inapplicabilità ad aziende e società sottoposte a sequestro o confisca.

La l. 15.7.2009 n. 94 ha modificato l'art. 38, introducendo un nuovo comma (1 *bis*), ai sensi del quale l'art. 38 non si applica alle aziende o alle società che sono sottoposte a misure di sequestro o confisca; misure che, come noto, possono essere disposti, secondo i

casi, sia in sede di giudizio penale sia in sede di procedimento finalizzato all'applicazione di una misura di prevenzione.

2. Stato di fallimento o procedure analoghe (art. 38, co. 1, lett. a).

La disposizione consente alle stazioni appaltanti di escludere un operatore economico qualora lo stesso versi in uno stato di crisi tale da comprometterne l'affidabilità economica e porre in discussione l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte. Lo stato di insolvenza è accertato con la sentenza dichiarativa del fallimento.

Esclusione in caso di liquidazione coatta amministrativa.

La liquidazione coatta amministrativa può conseguire ad accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza con sentenza del tribunale, ai sensi dell'art. 195 della legge fallimentare.

Ammissibilità alla gara dell'operatore in liquidazione volontaria e dell'operatore in amministrazione straordinaria.

Di contro può partecipare alle gare l'operatore economico la cui impresa sia in liquidazione volontaria, posto che tale procedura non attesta uno stato di insolvenza tale da integrare una causa di esclusione, e l'impresa che sia in amministrazione straordinaria, poiché l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata in tale procedura, è volta alla conservazione dell'impresa, cui viene consentito di continuare ad operare nel mercato in funzione del risanamento dell'azienda.

Esclusione in caso di concordato preventivo.

Le imprese sottoposte a concordato preventivo non possono, invece, partecipare alle gare attesa la chiara inclusione nell'art. 38, per se la rivisitazione dell'istituto operata dal d. lgs. n. 5/2006, tesa a valorizzare l'obiettivo della riattivazione dell'attività imprenditoriale, meriterebbe una diversa riflessione.

3. Misure di prevenzione (art. 38, co. 1, lett. b).

La disposizione si riferisce a soggetti nei

cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della l. 27.12.1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della l. 31.5.1965, n.575. L'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale, il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società. La norma precisa che la pericolosità sociale per le società in accomandita semplice va accertata rispetto, oltre che al direttore tecnico, ai soli soci accomandatari e non indistintamente rispetto a tutti i soci.

Pendenza del procedimento.

Ai fini della definizione dell'ambito di applicazione della causa di esclusione, il procedimento è da ritenersi pendente quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura nei menzionati registri.

L'incapacità alla partecipazione alle gare è, quindi, prevista per il fatto stesso che pende il procedimento finalizzato all'irrogazione della misura.

Riabilitazione.

Decorsi tre anni dalla cessazione della misura di prevenzione, l'interessato può richiedere la riabilitazione che, se concessa, determina il venir meno degli effetti pregiudizievoli connessi a detta misura. Gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o indiziati di uno dei reati a stampo mafioso possono richiedere la riabilitazione dopo cinque anni dalla cessazione della misura di prevenzione.

Informative interdittive.

Ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. 8.8.1994, n. 490 e dell'art. 10 del d.P.R. 3.6.1998, n.252, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti aggiudicatori devono acquisire informazioni, inoltrando al prefetto specifica richiesta, prima di stipulare, appro-

vare o autorizzare i contratti d'importo superiore alla soglia comunitaria ovvero per i subcontratti d'importo superiore ad euro 154.937,07.

Informativa supplementare atipica.

Esiste anche un terzo tipo d'informativa prefettizia, la c.d. informativa supplementare atipica. Questa è fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamento tra l'operatore economico e la criminalità organizzata, non raggiungono la soglia di gravità prevista dalla normativa per dar vita ad un effetto legale di divieto a contrarre. In tal caso, l'informativa supplementare o atipica non preclude assolutamente e inderogabilmente la sottoscrizione del contratto con l'aggiudicatario, ma consente all'amministrazione appaltante di non stipulare il contratto sulla base di ragioni d'interesse pubblico.

4. Sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale e reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio (art. 38, co. 1, lett. c).

Le novità di maggior rilievo rispetto alla previgente disciplina delle cause di esclusione sono:

a) la ridefinizione dei reati rilevanti ai fini dell'esclusione, connotati per la gravità e l'incidenza sulla moralità professionale, come già per i servizi e le forniture (e non più sull'affidabilità morale e professionale), e il danno dello Stato o della Comunità europea;

b) la previsione di una categoria specifica di reati di rilievo comunitario a fronte dei quali la stazione appaltante è tenuta a comminare in ogni caso l'esclusione, indipendentemente da qualsiasi valutazione in ordine alla gravità o all'incidenza sulla moralità professionale.

Incidenza sulla moralità professionale.

La causa di esclusione è limitata a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione, intendendosi per "moralità professionale" tutto ciò che si riferisce non solo

alle competenze professionali ma alla condotta e alla gestione di tutta l'attività professionale. La valutazione va effettuata non in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, del peso specifico dei reati ascritti e della prestazione che la ditta dovrà espletare se risulterà aggiudicataria.

Gravità del reato.

Anche il requisito della gravità del reato deve essere oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante mediante l'esame di tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene leso dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto. Il giudizio deve essere corroborato da adeguata e congrua motivazione in ordine all'idoneità del reato ad integrare la causa di esclusione in esame.

Fattispecie di reato rilevanti.

Il reato deve avere natura e contenuto tali da incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto e la loro incidenza sul rapporto fiduciario. L'Autorità cita, a titolo esemplificativo, i reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica, il patrimonio, i reati in materia ambientale, economica, finanziaria. Anche in questo caso deve essere effettuata una concreta valutazione dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine sul singolo fatto.

Portata dell'espressione "in danno dello Stato o della Comunità".

L'espressione "in danno dello Stato o della Comunità" va letta nel più ampio contesto della fattispecie in esame avendo riguardo a reati idonei a creare allarme sociale rispetto ad interessi di natura pubblicistica.

Esclusione ex se per determinati reati comunitari.

Alcuna valutazione discrezionale deve essere invece esplicitata in presenza dei reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE per i quali l'esclusione opera automaticamente.

La partecipazione ad un'organizzazione criminale si realizza nelle ipotesi di condanna per associazione a delinquere semplice, per associazione di tipo mafioso anche straniera. Con riguardo alla "frode", l'Autorità richiama i reati di malversazione, di indebita percezione di erogazioni pubbliche, di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e di indebito conseguimento di contributi comunitari.

Riabilitazione ed estinzione.

L'effetto ostativo dei reati considerati nella disposizione viene meno a seguito delle pronunce di riabilitazione e di estinzione. Ne consegue che, alla luce anche della clausola di salvaguardia contenuta nella parte finale della lett. c), una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque anni o due anni, resta preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna.

Contenuti dell'obbligo dichiarativo.

L'autocertificazione è mezzo sufficiente ad attestare l'insussistenza delle cause interdittive di cui alla lett. c), o l'esistenza di qualsiasi condanna o violazione relativa alle fattispecie indicate dalla medesima disposizione. Possono essere omesse le condanne per le quali sia intervenuta la riabilitazione o l'estinzione del reato. La valutazione della gravità della condanna dichiarata, e della sua incidenza sulla "moralità professionale", non è rimessa all'apprezzamento dell'impresa concorrente ma alla valutazione della stazione appaltante. Al fine di evitare possibili incertezze applicative, l'Autorità consiglia di richiedere agli operatori economici partecipanti di dichiarare, in autocertificazione, l'inesistenza di condanne evitando riferimenti alla

gravità o all'incidenza sulla moralità professionale.

Profili soggettivi della causa di esclusione.

Relativamente ai soggetti nei cui confronti opera la causa di esclusione in commento, l'Autorità ha avuto modo di chiarire come sia irrilevante la circostanza che la condanna dell'amministratore o del direttore tecnico sia intervenuta per fatti antecedenti alla data di assunzione nell'incarico presso l'operatore economico partecipante alla gara, ovvero per fatti non correlati ad eventuale interesse o vantaggio dell'operatore stesso.

Interruzione del nesso di identificazione tra operatore e condannato.

Per quanto riguarda gli *"atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata"*, si è specificato che il recupero dell'affidabilità dell'impresa non avviene automaticamente per effetto della semplice sostituzione del soggetto inquisito, dovendo la dissociazione essere accompagnata dalla prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, dal licenziamento e dal conseguente avvio di un'azione risarcitoria, dalla denuncia penale.

Dichiarazione relativa ai soggetti cessati.

La dichiarazione sostitutiva è rilasciata dai soggetti indicati dalla disposizione anche se di tenore negativo, nel caso in cui il soggetto cessato non abbia subito condanne. Può ritenersi, tuttavia, ammissibile, con riguardo ai soggetti cessati dalla carica, che il legale rappresentante, ai sensi dell'art. 47, co. 2 del d.P.R. n. 445/2000, produca una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà *"per quanto a propria conoscenza"*, specificando le circostanze che rendono impossibile (ad esempio, in caso di decesso) o eccessivamente gravosa (ad esempio, in caso di irreperibilità o immotivato rifiuto) la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati.

5. Divieto di intestazione fiduciaria (art. 38, co. 1, lett. d).

L'esclusione dei soggetti *"che hanno viola-*

to il divieto di intestazione fiduciaria, posto all'art. 17, co. 3, della l. 19.3.1990, n. 55", è del tutto nuova per gli appalti di servizi e forniture, mentre era già contemplata per i lavori pubblici con il fine di contrastare il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni mafiose nell'esecuzione degli stessi. L'esigenza sottesa alla norma è quella di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che ha partecipato alla gara. A tal fine non è necessario il trasferimento di beni dai fiducianti al soggetto fiduciario, essendo sufficiente che a quest'ultimo possa esercitare i diritti o le facoltà, necessari per la gestione dei beni, anche se formalmente intestati al fiduciante.

6. Violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti da rapporti di lavoro (art. 38, co. 1, lett. e).

La disposizione è riferita ad ogni violazione di obblighi derivanti dai rapporti di lavoro diversi da quelli contributivi e assistenziali che trovano autonoma collazione alla lett. i). Lo scopo della previsione è, prevalentemente, quello di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto della normativa in materia di sicurezza.

Le infrazioni per essere rilevanti ai fini dell'esclusione devono essere *"gravi"* e *"debitamente accertate"*, intendendosi per tali quelle definitivamente accertate. La valutazione della loro gravità è rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante e deve essere congruamente motivata.

7. Negligenza ed errori gravi nell'attività professionale (art. 38, co. 1, lett. f).

Ai fini della configurazione delle ipotesi in esame, non basta che le prestazioni non siano state eseguite a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa.

L'Autorità ritiene che non sia necessario che la grave negligenza e la malafede debbano essere accertate in sede giurisdizionale, essendo sufficiente la valutazione – congrua-

mente motivata - fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dall'impresa che intende partecipare alla nuova procedura di affidamento.

Per quanto riguarda l'errore grave nell'esercizio di attività professionale accertato con qualsiasi mezzo di prova, esso riguarda, più in generale, la attività professionale dell'imprenditore e quindi la sua reale capacità tecnica e professionale.

La rilevanza dell'errore grave attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue.

8. Irregolarità fiscali (art. 38, co. 1, lett. g).

La disposizione riguarda coloro che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Con riferimento alla definitività dell'accertamento, è ormai chiaro che laddove l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono fiscale o previdenziale o, infine, abbia ottenuto una rateizzazione o riduzione del debito, la stessa deve essere considerata in regola, a condizione che provi di aver presentato ricorso o di aver beneficiato di tali misure, entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta.

Comunque ciò che rileva ai fini della partecipazione ad una gara di appalto è che, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione, l'operatore economico non versi in una situazione di irregolarità tributaria definitivamente accertata.

9. Falsa dichiarazione (art. 38, co. 1, lett. h).

La norma commina l'esclusione per i sog-

getti che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio. L'esclusione dalla gara è, quindi, automatica costituendo attività vincolata, senza possibilità di esercitare alcuna discrezionalità, così come è obbligatoria la segnalazione al casellario informatico.

Il termine annuale, entro il quale è operante l'esaminata preclusione, decorre dalla data di iscrizione nel casellario informatico.

10. Irregolarità contributive (art. 38, co. 1, lett. i).

Irregolarità contributiva.

Il documento unico di regolarità contributiva (DURC) è il certificato che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché cassa edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

Il DURC, definisce i parametri di valutazione fissando una soglia di "gravità" dell'inadempimento e limitando, di fatto, la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla attività di verifica alle stesse demandata in merito alla sussistenza del requisito. Pertanto, in presenza di un DURC da cui emerga una irregolarità contributiva grave, le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze

In caso di irregolarità contributiva, la definitività dell'accertamento è insita nella circostanza che l'operatore economico, che ha regolarmente presentato la denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione percepita dai lavoratori occupati, ha l'obbligo di versare quanto dovuto e dichiarato, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza. La definitività dell'accertamento sussiste altresì nel caso di ingiustificata sospensione della rateizzazione di un debito contributivo pregresso autorizzato dall'Istituto competente. Anche la mancata sospensione della cartella amministrativa,

conseguente all'assenza di ricorso amministrativo o giudiziario, comporta la definitività dell'accertamento. Ove, invece, l'operatore economico si sia avvalso di rimedi giudiziari, avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono previdenziale o abbia ottenuto "formalmente" una rateizzazione di detto debito, lo stesso può essere considerato in regola con gli obblighi previdenziali.

Il requisito della regolarità contributiva deve sussistere fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di gara, fino alla aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto.

Alla certificazione è riconosciuta validità trimestrale.

11. Normativa sul collocamento dei soggetti disabili (art. 38, co. 1, lett. l).

E' comminata l'esclusione per i soggetti che non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della l. 12.3.1999, n. 68. La previsione ha un chiaro contenuto di ordine pubblico e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole delle singole gare.

12. Sanzioni interdittive (art. 38, co. 1, lett. m).

La disposizione si riferisce a casi di esclusione dalla partecipazione alle gare che derivano dall'applicazione di specifiche norme di legge e, in particolare, sancisce il divieto di partecipazione alle gare per i soggetti "nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, co. 2, lett. c) del d. lgs. 8.6.2001, n. 231 (norma che indica, tra le sanzioni amministrative che il giudice penale può comminare, nel caso venga accertata la responsabilità dell'ente, il "divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio") o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36 bis, co. 1, del d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.8.2006, n. 248".

L'Autorità ha precisato che è da intendersi

ricompresa nella disposizione una ipotesi specifica di violazione delle norme di sicurezza disciplinata all'art. 14 del testo unico in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al d. lgs. 9.4.2008, n. 81, in passato limitata ai cantieri edili ed oggi estesa a tutte le attività imprenditoriali. In particolare, il co. 1 del citato art. 14 prevede l'adozione di provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni quando si riscontra l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo del lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza... individuate con decreto del ministero del lavoro.

13. Sospensione o revoca dell'attestazione SOA (art. 38, co. I, lett. m bis).

L'esclusione ricorre quando è stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico.

Le stazioni appaltanti, in sede di gara, allorché riscontrino dalla consultazione del casellario informatico, una decadenza dell'attestazione per falso devono escludere l'operatore economico, per carenza del requisito in argomento. Se, tuttavia, dal casellario risulti che l'operatore economico ha ottenuto una nuova attestazione, ciò implica che la stessa sia stata rilasciata legittimamente.

14. Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione (art. 38, co. 1, lett. m ter).

Esclusione per omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione.

Trattasi di una nuova causa di esclusione introdotta dalla l. 15.7.2009, n. 94 (recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") operante allorché risulti che l'imprenditore, vittima dei reati di concussione e estorsione aggravata, non abbia denunciato i fatti all'autorità giudiziaria.

La novella normativa si applica ai medesimi soggetti elencati alla lett. b) dell'art. 38.

Questa disposizione, di contro, non opera quando il fatto è stato commesso nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa, ovverosia quando la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità nel quale si trova la vittima del reato. L'Autorità ritiene che l'indagine e la verifica circa la sussistenza di tale circostanza e-simamente debbano essere svolte dal procuratore della Repubblica, il quale provvederà a trasmettere alla stessa Autorità l'informazione relativa alla omessa denuncia solo a seguito dell'esito negativo di detto accertamento.

Il periodo triennale decorre dalla data di richiesta di rinvio a giudizio.

15. Rapporti di controllo e collegamento sostanziale (art. 38, co. 1, lett. m quater).

La causa di esclusione consiste nel trovarsi *"in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"*. L'operatore economico dovrà, pertanto, auto-certificare a) l'assenza di situazioni di controllo e collegamento o b) che tali situazioni non hanno influito sulla presentazione dell'offerta, allegando, in busta separata, la documentazione idonea a dimostrare che la stessa è stata formulata in modo autonomo. Tali documenti, di carattere probatorio, potrebbero essere, a titolo esemplificativo statuti, documenti riguardanti l'organizzazione aziendale, visure storiche. Il giudizio di imputabilità delle offerte al medesimo centro decisionale deve avvenire, sulla base di univoci elementi.

«.....GA.....»

PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA DISCIPLINA APPLICABILE ALL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 2 dell'11.3.2010 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'Autorità ha voluto affrontare le problematiche relative ai rapporti tra amministrazione concedente ed impresa concessionaria nella fase di esecuzione dei lavori previsti nel contratto di concessione di lavori pubblici e, in particolare, risolvere la questione inerente l'applicazione o meno delle norme riguardanti la contabilizzazione dei lavori attualmente previste dal d.P.R. n. 554 del 1999 in materia di appalti.

In primo luogo l'Autorità ha delineato la natura giuridica del contratto di concessione di lavori pubblici evidenziandone le principali caratteristiche. Rilevando che il codice dei contratti definisce le concessioni come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che *“presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*, l'autorità ha sottolineato che la caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi; gestione cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato.

Nella concessione di lavori pubblici l'imprenditore, di regola, progetta ed esegue l'opera ed attraverso la gestione e lo sfruttamento economico della stessa ottiene in cambio i proventi a titolo di corrispettivo per la costruzione, eventualmente accompagnato da un prezzo. Suo elemento imprescindibile è,

quindi, l'attitudine dell'opera oggetto della stessa a realizzare un flusso di cassa che può consentire di ripagare totalmente o parzialmente l'investimento.

Proprio in relazione a questa attitudine, si usa classificare le opere in tre tipologie: opere calde, fredde e tiepide.

Calde sono quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione; fredde sono, invece, le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa. A tali opere fa riferimento l'art. 143, co. 9 del codice, sopra citato. Tra queste due tipologie di opere, si pongono in posizione mediana quelle i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (c.d. opere tiepide).

Sulla base di tale premessa l'autorità ha inteso specificare i requisiti imprescindibili per la regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario. Nel contratto di concessione, a differenza di quello di appalto ove il costo dell'opera è a carico del committente, non è di regola prevista la corresponsione di un contributo da erogarsi da parte dell'amministrazione concedente, ma la controprestazione del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati.

Nel caso in cui sia previsto un contributo

pubblico – prezzo, finalizzato a garantire l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, l'art. 86 del d.P.R. 554 del 1999 stabilisce, alla lett. i) del co. 1, che il contratto deve prevedere le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo. In quest'ultimo caso (che ricorre, come detto, nel caso delle opere fredde e nelle opere tiepide) l'Autorità ritiene rilevante per l'amministrazione concedente la contabilità dei lavori espletati nell'ambito di un contratto di concessione di lavori pubblici, al fine di consentire alla stessa amministrazione di esercitare in maniera corretta il potere di controllo e vigilanza ad essa spettante, soprattutto ai fini dell'erogazione del contributo pubblico.

Ma, precisa l'Autorità, in tal caso non è necessaria un'applicazione puntuale della normativa pubblicistica in materia di contabilità dei lavori. In altri termini, la necessità di introdurre nel contratto di concessione, che costituisce l'elemento centrale di regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario, apposite clausole volte a consentire al concedente di controllare la realizzazione dell'opera oggetto della concessione - anche attraverso la redazione di una contabilità - non comporta l'applicazione della normativa sulla contabilizzazione dei lavori pubblici dettata dal legislatore ad altri e diversi fini.

In definitiva il contratto di concessione deve prevedere, tra l'altro:

- a) le modalità di redazione dei progetti definitivi ed esecutivi;
- b) la specificazione delle modalità di esecuzione dei lavori;
- c) la specificazione dei poteri di controllo e di approvazione del concedente, tramite il responsabile del procedimento, in fase di redazione dei progetti definitivi ed esecutivi;
- d) la specificazione dei poteri di controllo del concedente, tramite il responsabile del procedimento, in fase di esecuzione dei lavori in modo da garantire il monitoraggio dei tempi e dei costi;
- e) le modalità di erogazione del contributo pubblico ove previsto;
- f) la specificazione dei poteri di controllo del concedente, tramite il responsabile del procedimento, in materia di sicurezza;

g) la specificazione delle caratteristiche dei servizi da prestare e della loro gestione;

h) le modalità di revisione del Piano economico finanziario;

i) i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione;

j) la specificazione dei poteri di controllo del concedente durante la fase di gestione dell'intervento;

k) quadro sinottico di tutti i rischi, di qualsiasi natura, suscettibili di verificarsi nel corso dell'intervento complessivo (dalla stipula del contratto al termine della concessione), con l'indicazione del soggetto (concedente o concorrente) che dovrà farsi carico del singolo rischio, nel caso in cui esso si avveri;

l) la durata della concessione;

m) l'obbligo di consegnare l'intervento realizzato al termine della concessione in perfetto stato di manutenzione e funzionalità nella materiale disponibilità della amministrazione aggiudicatrice senza alcun onere per la stessa;

n) l'eventuale obbligo di affidare a terzi appalti, ferma restando la facoltà del concorrente di aumentare tale percentuale.

Tali aspetti devono essere integrati con quanto previsto dalla legge, ad esempio in materia di cauzioni e garanzie, nonché dai contenuti previsti dall'art. 86 del d.P.R. n. 554 del 1999.

Nell'ambito di quanto fin qui delineato, l'Autorità ha ribadito il ruolo centrale che assume il responsabile del procedimento nella realizzazione dell'intervento, per cui raccomanda che il concedente nomini un tecnico dotato di adeguate competenze professionali.

Inoltre l'attività di vigilanza e controllo del concedente è estesa alla fase successiva all'esecuzione dell'opera al fine di assicurare la qualità del servizio, la manutenzione dell'opera ed il rispetto delle condizioni stabilite nella convenzione, al quale è subordinato l'esborso dell'amministrazione.

Nel contratto devono essere anche previste le sanzioni da applicare in caso di mancato rispetto degli impegni contrattuali in materia di qualità progettuale e di specifiche tecniche, il tutto corredato da penali o da specifiche ga-

ranzie.

Ne consegue che appare coerente la nomina, da parte del concedente, della commissione di collaudo (o del collaudatore) in corso d'opera, la cui funzione si configura quale necessario supporto a quella di controllo rimessa al responsabile del procedimento, sia in termini qualitativi e tecnici sia quantitativi, dell'esecuzione dell'oggetto della concessione; mentre la nomina del direttore dei lavori spetta al concessionario, pur prevedendo, in capo all'amministrazione, di esprimere il proprio gradimento.

In conclusione, e riassumendo, l'Autorità ha espresso le seguenti indicazioni:

1. nel contratto di concessione debbono essere stabilite le modalità di rendicontazione e di contabilizzazione dei lavori, in relazione alla fattispecie concreta, al fine di consentire al concedente di esercitare in maniera efficace il potere di controllo e vigilanza spettantegli. Non è obbligatorio ai fini di tale rendicontazione applicare le norme previste dal d.P.R. n. 554 del 1999 per la contabilizzazio-

ne dei lavori affidati in appalto;

2. il concessionario che riveste la natura di amministrazione aggiudicatrice è tenuto ad applicare per gli appalti affidati a terzi le norme del d.P.R. n. 554 del 1999 relative alla contabilità dei lavori pubblici;

3. il contratto di concessione deve specificare i compiti del responsabile del procedimento, la loro estensione e le relative modalità di esercizio, così come debbono essere previsti gli ulteriori aspetti rilevanti sul piano esecutivo, quali le sanzioni per il mancato rispetto degli standard progettuali e tecnici, l'approvazione di possibili varianti, nonché gli ulteriori aspetti elencati nella presente determinazione;

4. spetta al concedente la nomina dei collaudatori il cui costo può essere posto a carico del concessionario;

5. spetta al concessionario la nomina del direttore dei lavori e dei coordinatori per la sicurezza; può prevedersi nel contratto di concessione che il concedente esprima il gradimento sulla nomina di tali soggetti.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

dell'Avv. Andrea Drusin e della Dott.ssa Sara Rossi

Corte costituzionale, 24.2.2010, n. 58

Informative antimafia - questione di legittimità costituzionale - inammissibilità.

E' inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, l. 31.5.1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), della l. 17.1.1994, n. 47 (Delega al Governo per l'emanazione di nuove disposizioni in materia di comunicazioni e certificazioni di cui alla l. 31.5.1965, n. 575), dell'art.4 del d.lg. 8.8.1994, n. 490 (Disposizioni attuative della l. 17.1.1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata), e dell'art. 10 del d.P.R. 3.6.1998, n. 252 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia), sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 41, 42 e 97 della Costituzione, dal TAR per la Sicilia.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con ordinanza del 29.4.2009, dal TAR Sicilia, in relazione alla mancanza, nelle disposizioni normative in detta materia, della previsione di un obbligo di corresponsione di un appropriato indennizzo a favore di quelle imprese, le quali sono stati inizialmente ritenuti esistenti i rischi di condizionamento mafioso. Tale assetto normativo, secondo il giudice rimettente, contrasterebbe con alcuni principi racchiusi a livello costituzionale. Esso lederebbe, infatti, il principio della tutela della libertà di impresa (art. 41) e della tutela del diritto di proprietà (art.42), non prevedendo delle forme indennitarie di ristoro nei confronti di coloro che subiscono incolpevolmente la riduzione temporanea dei propri diritti di iniziativa economica e di proprietà privata, per effetto della legittima attività della pubblica amministrazione. La manifesta disparità di trattamento, cui fa seguito la lesione del principio di ragionevolezza, sotto il profilo della congruità dei mezzi rispetto ai fini

ed una caduta di fiducia del privato e dell'opinione pubblica nei confronti delle istituzioni ed autorità, rappresenterebbero, sempre secondo il giudice *a quo*, una violazione di ulteriori norme costituzionali, nello specifico l'artt. 2, 3 e 97. Di diverso avviso è il Presidente del Consiglio dei Ministri, intervenuto in giudizio, il quale, ritenendo infondata la questione sollevata, si riporta fedelmente al testo normativo per ritenere conforme alla Costituzione la portata normativa di dette disposizioni. Dello stesso avviso risulta essere, infine, la C. cost., la quale ritiene la questione sollevata inammissibile poiché inficiata da genericità ed eterogeneità, avendo, infatti, il giudice rimettente indicato un grande settore dell'ordinamento giuridico e non avendo avuto premura di specificarne le singole disposizioni inficiate da detta incostituzionalità. La Corte non si discosta, pertanto, da quanto dalla stessa precedentemente disposto nella sentenza n. 178 del 1995.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.4.2010, n. 1997

Gara - legittimità della revoca per ragioni di opportunità - ex art. 11 del d. lgs. 163/06.

E' legittima la revoca o l'annullamento dell'aggiudicazione operata dalla stazione appaltante allorquando la gara non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario verso l'amministrazione.

L'aggiudicazione provvisoria del servizio per la quale è stato indetto un bando di gara pubblico può essere revocata dalla stessa stazione appaltante nel caso in cui decida di erogare essa stessa il servizio, sulla base della presenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna o anche solo sconsigliata la prosecuzione della gara. L'aggiudicazione provvisoria è un atto ad effetti instabili che crea nel provvisorio aggiudicatario soltanto una aspettativa di mero fatto e non anche un affidamento qualificato. Sino all'aggiudicazione definitiva l'amministrazione è libera di disporre la

revoca del bando di gara e degli atti successivi, questo rientra nel principio generale di autotutela della pubblica amministrazione, che rappresenta le manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica. Le ragioni tecniche nell'organizzazione del servizio sono tutti profili che attengono alla discrezionalità dell'azione amministrativa e pertanto la censura posta in essere dal TAR Veneto sembrerebbe porre in essere un tentativo di sindacato dei profili della discrezionalità amministrativa.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 7.4.2010, n. 1967

Informativa antimafia atipica - genericità - illegittimità.

Collegamento sostanziale tra imprese - accertamento - garanzie partecipative - necessità - sussiste.

È viziato in via derivata il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione emesso in via consequenziale ad una informativa atipica in cui i sospetti di contiguità con le associazioni camorristiche non siano suffragati da precise e aggiornate indicazioni circa l'esito di specifiche azioni –penali o di prevenzione-. In tal modo, infatti, la destinataria dell'informativa non è posta in grado di valutare con sufficiente compiutezza l'effettiva rilevanza delle circostanze addotte.

È illegittimo il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione emesso per collegamento sostanziale con altra impresa partecipante, in assenza della comunicazione di avvio del procedimento, e ciò quand'anche sul punto il procedimento di primo grado si sia concluso con riserva di riesame. Invero la Corte di Giustizia ha recentemente affermato che il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 6.4.2010, n. 1930

Regolarità contributiva - accertamento - DURC - centralità.

Regolarità contributiva - accertamento - discrezionalità - esclusione.

Regolarità contributiva - insussistenza - giustificazioni - validità - criteri.

Con riguardo alle censure concernenti le modalità di accertamento del requisito della regolarità contributiva, il nostro ordinamento affida un ruolo fondamentale alla certificazione di regolarità contributiva rilasciatoo dagli enti previdenziali e dalle Casse edili ai sensi dell'art. 2 d.l. 25.9.2002, n. 210.

Il DURC assume la valenza di atto pubblico avente natura di dichiarazione di scienza, con la conseguenza che non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute.

Nel settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulla finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi in materia, debbono considerarsi "gravi" tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni, come, ad esempio, la sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero la necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione, dovendosi viceversa escludere la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento

Consiglio di Stato, Sez. VI, 6.4.2010, n. 1907

Aggiudicazione provvisoria - revoca - legittimità - affidamento - tutela - necessità - non sussiste.

Aggiudicazione provvisoria - revoca - natura - autotutela - esclusione - comunicazione avvio procedimento - obbligo - non sussiste.

Aggiudicazione provvisoria - revoca - ragioni - negligenza o mala fede esecuzione altra commessa - rilevanza - va affermata.

La possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria, naturalmente temporanea, possa non far seguito, in ragione del negativo riscontro sui requisiti posseduti dall'aggiudicatario, l'affidamento definitivo del contratto è un evento del tutto fisiologico e positivamente disciplinato



dagli artt. 11 co. 11 e 12 e 48, co. 2, d. lgs. 12.4.2006 n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare un qualunque affidamento tutelabile, qualora difetti, ovviamente, l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, e un obbligo risarcitorio.

L'aggiudicazione provvisoria è un atto assimilabile all'atto di mero ritiro, piuttosto che ad un vero e proprio compiuto atto di autotutela, tanto che non necessita nemmeno di comunicazione di avvio del procedimento (e ciò a differenza che per l'autotutela sul provvedimento si aggiudicazione definitiva, che deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento).

In sede di controllo sull'aggiudicazione provvisoria, non avente altro effetto che quello di far sorgere una mera aspettativa, è ben possibile che l'amministrazione si determini a non aggiudicare l'appalto ove scopra che un concorrente si è reso responsabile, nell'esecuzione di altra commessa, di negligenza o malafede e sia quindi non idoneo a contrarre con l'amministrazione appaltante

Consiglio di Stato, Sez. VI, 2.4.2010, n. 1893

Bando gara - giustificazioni preventive - inosservanza - esclusione - legittimità.

È legittima la clausola del bando che impone la presentazione di giustificazioni dell'eventuale anomalia già a corredo dell'offerta, da redigersi in conformità prescrizioni e istruzioni contenute nel regolamento allegato al bando, comminando ulteriormente. La sanzione di esclusione –invero- appare ragionevole, rispondendo a esigenze di accelerazione e semplificazione, e non è in contrasto con il diritto comunitario.

Consiglio di Stato, Sez. V, 1.4.2010, n. 1885

Bando lettera d'invito - clausola che prevede termini per pagamenti in deroga ai criteri ex d. lgs. 231/2002.

La clausola del bando di gara che prevede per il pagamento delle somme dovute dalla stazione appaltante un termine superiore rispetto a quello fissato dall'art. 4 d. lgs. 231/2002 o una misura degli interessi difforme da quella stabilita nello stesso decreto -art. 5-, è illegittima.

Detta illegittimità deriva dall'impossibilità di derogare alle norme imperative disciplinanti tale materia mediante tacita accettazione di condizioni difformi rispetto a quelle stabilite dalla

norma di recepimento della direttiva europea riguardante la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d. lgs. 231/2002). La stazione appaltante non può derogare a dette regole mediante atto autoritativo o disposizione unilaterale, come l'inserimento nel bando di gara di specifiche clausole, ma bensì solo a seguito di un accordo o comunque successivamente alla libera accettazione delle parti interessate.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 31.3.2010, n. 1830

Contratti PA - gara - commissione - composizione - illegittimità.

E' illegittima la composizione di una Commissione giudicatrice nel caso in cui un componente esterno sia stato selezionato al di fuori dell'elenco all'uopo fornito dagli Ordini Professionali e/o dalle Facoltà universitarie.

Ai sensi dell'art. 84 d. lgs. n. 163/06, nell'ipotesi di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i componenti della Commissione, fatta eccezione per il Presidente, vanno scelti tra i funzionari appartenenti alla stessa stazione appaltante o, in presenza di determinate condizioni, tra i funzionari provenienti da altre Amministrazioni aggiudicatrici, ovvero secondo un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle categorie di professionisti di cui alla citata norma, purché gli stessi risultino annoverati nell'apposito elenco fornito dai rispettivi ordini professionali. Trattasi di una qualificazione normativa ex ante, avente lo scopo di garantire competenza professionale ed imparzialità del componente, e la cui tassatività non consente ulteriori procedure selettive; il mancato rispetto della suddetta disposizione vicia la composizione della Commissione giudicatrice e, quindi, l'intera procedura concorsuale.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 31.3.2010, n. 1832

Domanda – sottoscrizione - assenza - esclusione - legittimità.

La mancata sottoscrizione di un atto che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara da parte di un concorrente non può essere considerata in via di principio una irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento perché fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso. A conclusioni diverse si potrebbe semmai giungere ove mancasse la sottoscrizione singola di

tutte le pagine di cui il documento si compone ma non dell'ultima la cui sottoscrizione, secondo la logica comune, sta a significare l'appropriazione del contenuto complessivo di un determinato atto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.3.2010, n. 1817
Contratti della PA - gara - bando - requisiti di partecipazione - certificato c.c.i.a.a..

E' legittima l'esclusione da una gara di una ditta priva di uno dei requisiti previsti nel bando di gara (nella specie, l'iscrizione alla C.c.i.a.a.). In sede di aggiudicazione il committente, in virtù dei principi dell'autovincolo e dell'affidamento, è tenuto ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nel bando in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e le pari condizioni tra i concorrenti: nel caso di specie, il disciplinare di gara, fra i requisiti di partecipazione, aveva chiaramente ed univocamente previsto appunto l'iscrizione alla C.c.i.a.a. (onde selezionare ditte con una specifica esperienza nel settore interessato), di cui la società interessata non era in possesso, con evidente violazione della clausola e legittima esclusione dalla gara della ditta già aggiudicataria, in quanto priva di uno dei requisiti previsti.

Consiglio di Stato, Sez. V, 30.3.2010, n. 1795
Bando e lettera d'invito - requisito moralità professionale - obbligo di indicazione totalità condanne riportate - legittimità.

Requisito moralità professionale - dichiarazione cumulativa - legittimità.

È legittima la previsione della lex specialis che prescriva al concorrente di rendere una dichiarazione riferita, indistintamente, a tutte le eventuali condanne riportate, posto che la prevalente giurisprudenza della Sezione afferma il principio secondo cui spetta unicamente alla stazione appaltante il compito di verificare se una determinata condanna abbia, in concreto, inciso sulla moralità professionale del concorrente. In mancanza di una diversa previsione nella lex specialis è pienamente legittima la presentazione in un unico documento delle dichiarazioni sostitutive rese da più soggetti, quanto meno nei casi in cui sia agevolmente ravvisabile una

oggettiva e soggettiva connessione tra le dichiarazioni stesse, anche in funzione della loro destinazione. La dichiarazione cumulativa può invero essere suddivisa in una pluralità di atti con cui ciascuno dei sottoscrittori assume la personale e diretta responsabilità di quanto dichiarato, per lo meno con riferimento ai contenuti che lo riguardano direttamente.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.3.2010, n. 1713
Controversie in materia di autorizzazione al subappalto - giurisdizione generale di legittimità del G.A. - ex art. 118 d. lgs. 163 del 2006.

Rientra nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia relativa al diniego di autorizzazione al subappalto, ex art. 118 d. lgs. n. 163 del 2006, dovendo ritenere la fase esecutiva del contratto volta al perseguimento di un interesse pubblico. Con tale pronuncia al CdS è stato posto l'interrogativo riguardante l'appartenenza alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie facenti riferimento alla esecuzione del contratto di appalto, più nello specifico dell'autorizzazione al subappalto, ex art. 118 del d. lgs. n. 163 del 2006. Il CdS si discosta dalla ricostruzione posta in essere dalla sentenza di primo grado emessa dal TAR del Lazio, il quale riconduce all'art. 1656 c.c. detta autorizzazione, quale autonomia negoziale in materia di appalti privati. Il CdS considera, invece, l'istituto dell'autorizzazione ex art. 118 preordinato alla realizzazione di finalità di interessi pubblici ed attribuisce all'amministrazione committente poteri autoritativi nei confronti dell'affidatario, il cui esercizio ha natura provvedimento ed a fronte del quale l'impresa appaltatrice si attegga ad interesse legittimo. La stazione appaltante dovendo vagliare contemporaneamente l'insussistenza dei divieti di subappalto stabiliti dalla legge e di contro la sussistenza delle condizioni cui subordina l'ammissibilità del subappalto medesimo, pone in essere un'attività di valutazione avente carattere eminentemente pubblicistico. Le condizioni dettate per l'ammissibilità del subappalto sono dunque volte ad evitare che nella fase esecutiva del contratto si giunga, a causa di un mutamento di dell'assetto degli interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare quell'interesse pubblico sulla base del quale è stata indetta la gara pubblica. La scelta deve soddisfare il miglior impiego delle risorse pub-

bliche per il soddisfacimento dei bisogni della collettività. Detto peculiare interesse pubblico è da considerarsi come immanente non soltanto nella fase della procedura selettiva, ma bensì anche in quella successiva di esecuzione del contratto.

Consiglio di Stato, Sez.V, 16.3.2010, n. 1513

Bandi e lettera d'invito - requisito moralità professionale - produzione di un certificato del casellario giudiziario - esclusione.

La produzione del certificato del casellario giudiziario, essendo richiesto nella lettera d'invito a pena di esclusione dalla gara, preclude di configurare l'esistenza di un obbligo o di una facoltà a carico della Commissione di acquisire direttamente o successivamente detto certificato, e ne legittima l'esclusione dell'impresa inottemperante.

E' questa la conclusione cui è pervenuto il Supremo Consesso Amministrativo nel caso in cui l'impresa ometta di inserire nella busta contenente la documentazione amministrativa della società il certificato del casellario giudiziale o di altro attestato equivalente o sostitutivo ex art. 20 l. 15 del 1968 (sostituzione ammessa nel caso di specie, in quanto la legislazione del paese straniero di residenza del Presidente della società appellante, non contempla il rilascio di alcuni documenti previsti dalla legislazione nazionale), espressamente richiesto nella lettera d'invito della gara di cui trattasi per legittimare l'ammissione delle imprese alle fasi successive. Il certificato in questione costituisce elemento necessario per comprovare il possesso dei requisiti di moralità professionale necessari per legittimare la contrattazione tra PA e privato, ed ha lo scopo di consentire l'immediato accertamento di detta idoneità, evitando all'amministrazione il compito di esperire indagini d'ufficio. L'accertamento d'ufficio, disciplinato dall'art. 10 della l. n. 15 del 1968, in codesta situazione risulta essere superato dalle previsioni contenute nel d. lgs. n. 358/1992, sulla cui base la gara è stata bandita ed espletata; infatti all'art. 11, co. 2 del citato decreto, si richiede espressamente che l'assenza di situazioni ostative alla partecipazione alla gara, venga comprovata mediante produzione del certificato rilasciato dall'ufficio competente ovvero di dichiarazione rilasciata dal concorrente nelle forme di cui alla l. n. 15/1968. La portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara preclude all'amministrazione una

valutazione discrezionale dell'inadempimento dell'onere di produzione dell'impresa e della incidenza sulla regolarità della procedura selettiva. Il formalismo che connota le gare pubbliche risponde alla esigenza di celerità e di rispetto dei principi di imparzialità e *par condicio* tra i concorrenti.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.3.2010, n. 1550

Gara - esclusione - ex art. 38, co. 11, lett. f) del d. lgs. n. 163/2006.

E' legittima l'esclusione dalla gara, ex art. 38, d. lgs. 163 del 2006, disposta dall'amministrazione sulla base dell'intervenuta risoluzione di un contratto precedentemente stipulato dalla stessa impresa esclusa con una amministrazione pubblica diversa rispetto a quella che ha indetto il bando di gara.

L'art. 38 del codice dei contratti pubblici attribuisce alla stazione appaltante, nella veste di parte contrattuale, il potere di escludere i soggetti che hanno commesso un grave errore nell'esercizio della loro attività professionale, è dunque permessa la valutazione dei precedenti professionali di dette imprese concorrenti e dei rapporti contrattuali incorsi con diverse Amministrazioni, al fine di stabilire il loro grado di capacità tecnico professionale nella esecuzione della fornitura. Per il CdS l'inadempimento della Società appellante degli obblighi derivanti da un precedente contratto stipulato con un'altra amministrazione è fonte di valutazione della legittimità dell'esclusione della stessa, non soltanto sotto il profilo della falsità oggettiva ma anche sotto il profilo della scarsa affidabilità dell'impresa aggiudicataria. E' per tale motivo che il CdS rigetta il ricorso e conferma la sentenza di primo grado, TAR Veneto, la quale riteneva legittima l'esclusione comminata nei confronti dell'impresa appellante.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.3.2010, n. 1305

Contratti PA - bando - clausole - interpretazione ed applicazione.

Nell'interpretare ed applicare le clausole della lex specialis della gara v'è seguito il canone della "utilità", e cioè di evitare inutili appesantimenti, e di garantire in massimo grado la più ampia partecipazione di offerenti.

Il CdS ha affermato che anche le clausole di gara poste a pena di esclusione debbono essere interpretate secondo tale criterio e, per l'effetto, ha ritenuto che non possono essere esclusi quei concorrenti che non abbiano reso una dichiara-

zione di accettazione del capitolato speciale, richiesta a pena di esclusione dal bando di gara, in presenza dell'allegazione, tra la documentazione di gara, del capitolato direttamente sottoscritto per accettazione.

La sottoscrizione da parte dell'impresa di ogni pagina del capitolato speciale, è un adempimento che soddisfa la richiesta contenuta, a pena di esclusione, nella lettera d'invito.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.3.2010, n. 1207.

Certificato rispetto disposizioni diritto al lavoro dei disabili - ex art. 17 l. n. 68/1999.

L'operato della Commissione di gara che invita tutte le partecipanti, inadempienti, alla gara, ad integrazione la documentazione già prodotta, con il certificato sul diritto al lavoro dei disabili ex art. 17 della l. n. 68 del 1999, è legittimo.

L'azione amministrativa nel suo esercizio si deve uniformare anche ai criteri di ragionevolezza, economicità e speditezza e non soltanto all'osservanza formale della legge, e non deve produrre disparità di trattamento o ledere in alcun modo le posizioni giuridiche soggettive dei singoli. Nel caso di specie, dunque, all'amministrazione è permesso invitare tutte le imprese, inadempienti rispetto alla presentazione della certificazione a tutela del diritto del lavoro dei disabili, a produrre la relativa documentazione, regolarizzando in tal modo la loro posizione. La già ricorrente in primo grado ha proposto appello deducendo la violazione, da parte dell'aggiudicataria, delle produzioni documentali in tema di adempimento di obblighi imposti dall'art. 17 della l. 68/1999, secondo cui grava in capo ad ogni impresa che entra in rapporto con la PA l'obbligo di dimostrare, sin dalla presentazione dell'offerta, la propria regolarità con la normativa relativa all'avviamento al lavoro dei disabili. L'osservanza formale della norma da parte della PA avrebbe comportato un annullamento della gara ed un rifacimento della stessa, in contrasto con i criteri di economicità e speditezza dell'azione amministrativa. Dovendosi, pertanto, la Commissione uniformarsi a detti principi e non avendo leso in alcun modo la posizione di alcuno dei partecipanti, il CdS si è pronunciato a favore del rigetto dell'appello proposto, non rilevando alcun profilo di illegittimità nell'operato stesso della Commissione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 26.2.2010, n. 1120

Gara - esclusione - collegamento sostanziale tra più imprese - procedimento accertamento condizionamento - necessità.

Il provvedimento, con il quale si escludono due o più imprese da una gara di appalto per asserito collegamento sostanziale, è illegittimo nel caso in cui l'amministrazione appaltante non abbia in via preliminare dato avvio ad un sub-procedimento volto ad accertare il condizionamento reciproco di dette imprese nella formulazione delle rispettive offerte.

Sovvertendo quanto deciso in primo grado dai giudici del TAR Lazio, il CdS accoglie l'appello e ritiene illegittimo il provvedimento di esclusione dalla gara di imprese a causa di collegamento strutturale. Sulla scia della sentenza della C.Giust.CE, IV, 19.5.2009, C-538/2007, la quale impone un rigido divieto circa la partecipazione simultanea e concorrente ad una medesima gara d'appalto di imprese tra le quali vi sia un rapporto di controllo o collegamento, il Supremo Consesso Amministrativo individua nella mancanza dell'attivazione a carico dell'amministrazione di un sub-procedimento in contraddittorio volto ad accertare il condizionamento delle rispettive offerte, l'illegittimità dell'esclusione. In tal senso sostiene, infatti, che il collegamento, seppur dimostrato a livello strutturale, non ha dato luogo ad un condizionamento concreto sul loro comportamento durante lo svolgimento della gara, e non ha pertanto influenzato le rispettive offerte di gara, tanto da non potersi ritenere riconducibili ad un unico centro decisionale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.2.2010, n. 1141

Aggiudicazione provvisoria - annullamento in autotutela - difetto requisito regolarità contributiva.

E' legittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara pubblica in capo alla ditta aggiudicataria difettando quest'ultima del requisito della regolarità contributiva, nel caso in cui il periodo di validità del DURC, prodotto dalla ditta interessata, sia scaduto in una data antecedente rispetto a quella prevista per la presentazione dell'offerta.

La Sezione V del CdS interviene in materia di impugnativa del provvedimento di esclusione della ditta aggiudicataria del bando di gara per avvenuto accertamento di irregolarità contributiva della stessa alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di parte-

cipazione, confermando la decisione di revoca dell'aggiudicazione del TAR per la Campania. La decisione trae fondamento dalla presenza nel DURC della data di validità o meglio della sua scadenza al trentesimo giorno successivo al rilascio dello stesso. Essendo il termine assegnato dall'Ente successivo rispetto a quello di validità, la sua produzione in detto termine lo rende idoneo ad assolvere all'onere probatorio gravante sull'impresa del requisito della regolarità contributiva. Non potendo il suddetto documento avere una validità differente rispetto a quella in esso riportata si deve concludere che non essendo in corso di validità al momento della sua presentazione, come prescritto quale requisito intrinseco dalla *lex specialis*, non è, pertanto, idoneo a comprovarne la regolarità contributiva. I Giudici di Palazzo Spada non soltanto ritengono legittimo detto provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, ma ritengono, inoltre, che l'esclusione avrebbe dovuto essere comminata automaticamente già in sede di verifica delle dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.2.2010, n. 425
Offerte anomale - valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza - riferimento tabelle costo medio lavoro allegate al d.m. 16.6.2005, richiamate nella *lex specialis*.

*Legittima e soddisfacente è la valutazione eseguita, dalla stazione appaltante in sede di verifica delle offerte anomale sull'offerta aggiudicataria, per ciò che concerne i costi del lavoro e della sicurezza alla stregua delle tabelle sul costo medio del lavoro allegate al d.m. del 16.6.2005, così come richiamate dalla *lex specialis*.*

Il CdS chiamato a pronunciarsi sul comportamento della stazione appaltante lo giudica legittimo e conforme al dettato della *lex specialis* sulla cui base è stata indetta e successivamente svolta la gara pubblica. L'appello proposto dalla società aggiudicatrice è volto a censurare la sentenza emessa dal TAR Puglia con la quale i giudici amministrativi ritenevano che la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare la congruità e l'affidabilità dell'offerta non alla luce delle tabelle sul costo medio del lavoro allegate al d.m. del 16.6.2005 e richiamate nella *lex specialis* di gara, ma bensì in relazione all'incidenza delle retribuzioni risultanti dal nuovo C.C.N.L. siglato il 19.12.2007 ed entrato in vigore il 1.1.2008. Il CdS, dopo aver tenuto

conto che la valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare d'appalto, per rispondere ai criteri generali di certezza e celerità di verifica per l'amministrazione, debba essere condotta con riferimento non ai contratti collettivi ma bensì alle apposite tabelle approvate dal M.ro del Lavoro, ritengono che le tabelle applicabili al caso di specie sono quelle approvate con decreto del M.ro del Lavoro del 16.6.2005, così come espressamente richiamate dalla disciplina di gara. A nulla può rilevare il fatto che la gara si sia svolta in contemporanea con la variazione tabellare, la variazione contrattuale non è soggetta ad applicazione in quanto intervenuta successivamente al termine ultimo per la presentazione delle offerte di gara, ma soprattutto perché la *lex specialis* fa esplicito riferimento al costo medio della manodopera contenuto nel D.M. 16.6.2005.

TAR Calabria, Ct, Sez. II, 7.4.2010, n. 429
Difformità offerta tecnica rispetto a quella economica.

Una proposta contrattuale articolata secondo la difformità tra offerta tecnica ed economica deve essere esclusa dalla stazione appaltante dalla gara per intrinseca contraddittorietà.

Il principio dell'unicità dell'offerta, vigente in tema delle gare di appalto, impedisce alla PA appaltante di prendere in considerazione offerte tecniche ed economiche significativamente difformi tra di loro. La significativa difformità dell'offerta tecnica rispetto a quella economica della ditta aggiudicataria della gara, riguardante la specificazione del numero delle unità lavorative distinte per qualifica, ha indotto la ricorrente a proporre ricorso avverso l'aggiudicazione della gara stessa ed a fondare l'accoglimento del ricorso stesso, determinando l'esclusione dalla gara di tale proposta contrattuale.

TAR Lazio, Sez. II *quater*, 2.4.2010, n. 5621
Gara - revoca - presupposti - interesse pubblico originario - nuova valutazione - legittimità.

Gara - revoca - garanzie procedurali - inosservanza - illegittimità - non sussiste.

Gara - revoca - responsabilità precontrattuale - presupposti.

La revoca della gara pubblica può ritenersi legittimamente disposta dalla stazione appaltante in presenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico, che siano opportunamente e debitamente esplicitate, che rendano evi-

dente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa. E ciò anche quando, in assenza di eventi sopravvenuti, la revoca sopravviene ad una rinnovata e differente successiva valutazione dei medesimi presupposti.

Il procedimento di revoca della gara pubblica non impone in ogni caso alla stazione appaltante l'obbligo di comunicarne l'avvio, in special modo laddove si tratti di revoca di una gara d'appalto ancora in corso di svolgimento in quanto, in questo caso, nessuno dei partecipanti ha acquisito, in relazione allo stato della procedura, una posizione di vantaggio concreta, e comunque tale da far sorgere, nel contesto del procedimento amministrativo in corso, un interesse qualificato e differenziato e quindi meritevole di tutela attraverso detta comunicazione.

La responsabilità per la revoca della gara non ancora conclusa da parte dell'amministrazione, seppure formalmente legittima, può ritenersi configurabile quando il fine pubblico è attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà. In tale scia anche la revoca legittima degli atti della procedura di gara può infatti integrare una responsabilità della pubblica amministrazione seppure pre-contrattuale, nel caso di affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (cfr. CdS, V, 8.10.2008, n. 4947).

TAR Lazio, Sez. III, 26.3.2010, n. 4776

Autorità di vigilanza - casellario informatico - annotazioni - discrezionalità - sussiste - contraddittorio - necessità.

Pur nella lacunosità delle norme del d. lgs. n. 163 del 12.4.2006, riguardo ai poteri della Autorità di vigilanza, non si può ritenere che il presupposto per procedere ad una annotazione per false dichiarazioni, tenendo conto in particolare della gravità della conseguenze ex art 38 lett. h) (esclusione dalle gare per un anno), non sia oggetto di valutazione da parte dell'Autorità prima di procedere all'inserimento della annotazione. Ne discende, a salvaguardia della razionalità del sistema sanzionatorio in materia di contratti pubblici, in capo all'Autorità un potere valutativo che, in particolare, impone l'analisi delle eventuali esimenti adottate dall'impresa al fine di escludere la propria responsabilità per dichiarazioni non veritiere.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 25.3.2010, n. 729

Moralità professionale - soggetti destinatari Moralità professionale - valutazione - discrezionalità.

Moralità professionale - condanne - risaleza nel tempo - irrilevanza.

In tema di moralità professionale delle imprese, dal tenore dell'art. 38, d.lgs. 163/2006 appare evidente che l'interesse perseguito dal legislatore è quello di verificare la condotta di coloro che determinano le scelte all'interno dell'impresa e non di coloro che manifestano all'esterno tali scelte, pur se dotati di poteri gestionali ove gli stessi siano circoscritti nell'ambito degli indirizzi impartiti dall'imprenditore.

La valutazione di incidenza o meno della fattispecie penale consumata sulla moralità professionale dell'impresa appartiene esclusivamente all'amministrazione, rientrando nella sua discrezionalità ritenere o meno sussistente siffatta incidenza.

In tema di verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione ad una gara di appalto pubblico, la risaleza nel tempo dei fatti e della condanna non è idonea a precludere la valutazione della stazione appaltante (e il correlato obbligo di dichiarazione), attesa la ratio della verifica, intesa ad un giudizio di affidabilità in ordine alla moralità professionale del contraente.

TAR Friuli V.G., 25.3.2010, n. 198

Contratti PA - gara - esclusione ex art. 38, co.1, lett. h) d. lgs. 163/2006.

L'art. 38, co.1, lett. h) del d.lg. 163/2006 può trovare applicazione laddove l'annotazione relativa alle false dichiarazioni rese in precedenti gare sia pacifica e incontroversa.

L'art. 38, c. 1, lett. h) del d. lgs. 163/06, dispone che vanno esclusi dalle gare quei partecipanti che "nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

La contestazione in giudizio da parte di un concorrente della propria esclusione per aver reso false dichiarazioni ex art. 38, lett. h), annotata nel casellario, "congela" gli effetti dell'annotazione medesima sino a quando non sia emessa sentenza definitiva sulla questione. Pertanto, il

momento da cui decorre, per le stazioni appaltanti, l'obbligo (e non solo la facoltà) di escludere dalle gare chi ha reso false dichiarazioni nell'anno antecedente alla gara, non è quello dell'annotazione nel casellario informatico, bensì quello della sentenza che accerta in modo definitivo la sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. h).

TAR Piemonte, Sez. I, 22.3.2010 n. 1555

Requisito moralità professionale - destinatari - individuazione.

Requisito moralità professionale - discrezionalità - sussistenza - va affermata.

Requisito moralità professionale - obbligo motivazionale - spessore.

Bando di gara - offerte - giustificazioni preventive - modalità - inosservanza - esclusione - illegittimità.

Anomalia - verifica - contraddittorio - necessità.

La voluntas legis sottesa al disposto dell'art. 38, lett. c, d. lgs. 163/2006 va correttamente rinvenuta nell'esigenza di garantire l'amministrazione, attraverso la dichiarazione impegnativa dell'insussistenza di condanne penali, ancorché a pena patteggiata ma non estinte, che sono immuni da pregiudizi penali tutti gli amministratori della società che possano entrare in contatto con la stazione appaltante in virtù dei loro poteri di firma e di rappresentanza effettiva dell'appaltatore. Ne consegue che non è richiesta la produzione di siffatte dichiarazioni nei riguardi di quegli amministratori che in forza delle pattuizioni sociali non siano titolati a stipulare contratti per conto dell'impresa e a rappresentarla all'esterno nei rapporti negoziali.

La valutazione di gravità o meno di un reato e la sua incisione sulla moralità professionale dell'appaltatore mettono capo all'espressione di un giudizio discrezionale che pertiene unicamente alla stazione appaltante.

In conformità ai principi generali sulla motivazione dei provvedimenti ampliativi, che predicano la dequotazione dell'obbligo di motivazione per l'adozione di atti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, qualora l'amministrazione ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente, non incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto suo convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche im-

plicita o per facta concludentia, ossia attraverso l'ammissione alla gara dell'impresa stessa. È la valutazione di gravità, invece, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale.

È illegittima la norma di lex specialis di gara che impone a pena di esclusione di corredare le offerte delle analisi giustificative del prezzo, profilandosi violativa del principio di proporzionalità la previsione di una sanzione espulsiva a fronte dell'omissione di un adempimento che può rivelarsi inutile ex post per l'ipotesi in cui l'impresa che abbia infranto quella prescrizione si riveli non anomala, venendo in rilievo la mancata produzione delle giustificazioni, costituente solo un onere collaborativo dei concorrenti, soltanto nella successiva fase di verifica della congruità delle offerte che siano effettivamente sospette di anomalia.

Sotto la spinta della giurisprudenza comunitaria che aveva statuito l'impossibilità di escludere un offerente dalla gara senza porre in essere la fase di verifica successiva, in contraddittorio con il medesimo, delle giustificazioni già prodotte in sede di gara, il Codice dei Contratti ha a chiare note stabilito che a fronte di un'offerta anomala che sia stata corredata delle giustificazioni preventive, qualora queste non siano ritenute sufficienti a pervenire ad un giudizio di congruità, l'amministrazione deve procedere ai sensi dell'art. 88, ossia convocare l'offerente e consentirgli di presentare elementi integrativi di giudizio ed ulteriori giustificazioni. Ha poi subito precisato, il co. 1 dell'art. 87, che "all'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio".

TAR Lazio, Sez. I, 19.3.2010, n. 4321

Aggiudicazione provvisoria - stazione appaltante - verifica legittimità operazioni compiute - in difetto previsione bando - potestà - sussiste.

Aggiudicazione provvisoria - stazione appaltante - requisiti capacità tecnica - verifica - potere - estensione.

Cauzione provvisoria - incameramento - natura - presupposti.

La verifica della legittimità delle operazioni compiute dalla Commissione di gara rientra nella competenza della stazione appaltante. La Commissione è, infatti, un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione la cui attività acquisisce rilevanza esterna solo in quanto recepita ed approvata dai competenti organi

della stazione appaltante (cfr., da ultimo, CdS, V, 19.6.2009 n. 4068, e la giurisprudenza ivi richiamata). Inoltre, il potere di riesame delle dichiarazioni (ovvero della documentazione) prodotte in sede di gara, ha carattere generale, ed è espressione del potere di autotutela decisoria di cui dispone la PA, anche indipendentemente da una specifica previsione del bando. La stazione appaltante ha il dovere di verificare il possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesta, eventualmente anche mediante il riesame delle attestazioni e delle certificazioni presentate dalle imprese in sede di offerta. Costituisce infatti principio fondamentale dell'istruttoria amministrativa – oggi consacrato nell'art. 6, co.1, lett. b) della l. n. 241/90 – quello per cui l'amministrazione ha in particolare l'obbligo di accertare d'ufficio, per quanto possibile, la "realtà" dei fatti e degli atti, anche acquisendo, ove necessario, precisazioni relative all'interpretazione di istanze poco chiare, o troppo generiche, ovvero verificando direttamente la fondatezza e la veridicità delle dichiarazioni rese in istruttoria.

Nel caso in cui l'impresa partecipante non soddisfi la richiesta da parte della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti richiesti l'incameramento della cauzione provvisoria costituisce atto vincolato della PA, che prescinde finanche dall'accertamento del carattere colposo della condotta. La più recente giurisprudenza amministrativa – invero riconduce la cauzione provvisoria all'istituto della caparra confirmatoria e quindi alla garanzia della serietà e affidabilità dell'offerta. In tale ottica, la "sanzione" dell'incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e dell'esatta e veritiera produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte.

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 11. 3. 2010, n. 891

Contratti PA - lavori ferroviari - gara unica - più lotti scindibili - legittimità.

E' legittima la scelta di una stazione appaltante di procedere ad un appalto unitario invece che a separati appalti contemporanei.

Sulla base del quadro normativo nazionale e comunitario non esiste alcuna specifica disposizione che precluda la possibilità di cumulare in un'unica procedura di gara più interventi ancorché teoricamente scindibili. Anzi, è logico

e coerente con i principi di economicità e celerità dell'azione amministrativa che la stazione appaltante concentri in un unico procedimento di gara l'aggiudicazione di vari servizi caratterizzati da una reciproca connessione.

Ne consegue che, nel caso di specie, relativo ad una procedura indetta per l'affidamento di una serie di interventi da effettuarsi lungo una linea ferroviaria, è legittima la scelta della stazione appaltante di procedere ad un appalto unitario invece che a separati appalti contemporanei, scelta che è stata preceduta da un apposito studio di verifica che ha concluso per l'accorpamento di tutti i lotti (sette lotti) in considerazione della necessità di strettissimo coordinamento di interventi da compiere contemporaneamente sulla medesima linea (ciascuno dei quali ostacola e condiziona gli altri) e dall'evidente vantaggio di gestirli attraverso un appalto unico.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 3.3.2010, n. 677.

Contratti della PA - bando di gara - requisiti di partecipazione - limiti.

E' illegittimo per violazione dei principi di proporzionalità, libera concorrenza, favor participationis, e per ingiustificata restrizione del numero dei partecipanti, il Bando di una gara che introduca dei requisiti ulteriori e sproporzionati rispetto a quelli previsti dalla legislazione.

E' questa la conclusione a cui è pervenuto il TAR pugliese nel decidere sulla legittimità di un bando di gara per l'affidamento del servizio di gestione riscossione ed accertamento della tassa per l'occupazione di spazi pubblici.

La previsione nel bando di requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli previsti per l'iscrizione all'Albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi, non può essere sproporzionata, illogica e non giustificata da particolari esigenze. Per i Giudici salentini le piccole dimensioni del Comune, non giustificano la previsione nel suddetto bando di gara della dimostrazione di aver svolto, per almeno un triennio continuativo nell'ultimo quinquennio antecedente la data della gara, il servizio di liquidazione, accertamento e riscossione dei servizi oggetto del bando in forma congiunta ed in almeno due Comuni con popolazione superiore ai 90.000 abitanti.

Viene ribadito il principio che i bandi di gara possono prevedere requisiti di partecipazione

più rigorosi di quelli fissati normativamente, purché tali requisiti ulteriori non siano discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore.

TAR Lombardia, Sez. I, 2.3.2010, n. 483

Gara - esclusione - violazione clausole del bando.

Non può ritenersi legittima l'esclusione dalla gara di appalto di un'impresa quando questa non ha formalmente violato le prescrizioni del bando, soprattutto nel caso in cui tale violazione non abbia inciso in alcun modo sull'interesse pubblico protetto dalle norme sull'evidenza pubblica.

Le formalità imposte alla sigillatura dei vari plichi di cui si compone l'offerta sono statuite dalla *lex specialis* e sono poste a presidio della loro segretezza e della garanzia dell'identità dell'offerente ed al contempo contro il rischio di eventuali manomissioni. Se le stesse finalità sono comunque raggiunte seppur con modalità differenti, così come avviene nel caso di specie, si ritiene illegittima l'esclusione dalla gara di appalto di una ditta che, pur avendo violato formalmente le prescrizioni del bando, non lede in alcun modo l'interesse pubblico (in senso conforme TAR Calabria, 22.2.2006, n. 326).

TAR Campania, Sez. I, 26.2.2010, n. 1195.

Gara - esclusione - potere collegio - ex art. 84 d. lgs. n. 163/2006.

Rientra tra i compiti della Commissione di gara in composizione plenaria, nel rispetto del principio della collegialità perfetta, la verifica della regolarità dei plichi e dei requisiti per la partecipazione alla gara di appalto, nonché le relative determinazioni di ammissione o di esclusione dei concorrenti. Dette attività hanno contenuto decisorio e come tale, ex art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, sono da attribuirsi alla Commissione nella sua collegialità non potendo un bando di gara prevedere una diversa attribuzione in contrasto con detta norma.

Il TAR della Campania ha accolto il ricorso proposto da Unicredit Banca di Roma S.p.A. avverso la determinazione la vedeva esclusa emessa dal Presidente della Commissione di gara, della stessa nella procedura bandita dal Comune di Quarto per l'affidamento del servizio di Tesoriera, poiché la candidata non aveva presentato l'offerta economica in una separata busta chiusa.

E' da considerarsi illegittima la previsione di un

bando di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che attribuisce al singolo Presidente il potere di escludere dalla gara delle ditte anziché alla Commissione di gara nella sua composizione collegiale, ponendosi in contrasto con il dettato normativo dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, così come avviene nel caso di specie. Pertanto l'attività in questione costituisce attività avente contenuto decisorio che deve essere svolta in composizione piena nel rispetto del principio della collegialità (in senso conforme si è espresso il CdS, V, 23.7.2007, n. 4022).

TAR Sicilia, Ct, Sez. IV, 25.2.2010 n. 395

Contratti PA - gara - requisito - moralità professionale - esclusione - legittimità.

E' legittimo il provvedimento di esclusione dalla gara adottato ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c) del d. lg. 12.4.2006 n. 163 e dell'art. 45 della dir. 31.3.2004 n. 2004/18 CE, nel caso in cui la ditta esclusa abbia presentato una dichiarazione relativa al possesso del requisito della moralità professionale da ritenere incompleta.

Il TAR siciliano si sofferma sulla dichiarazione riguardante l'insussistenza di condanne per "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale".

In materia di procedure ad evidenza pubblica, le dichiarazioni rese con riferimento all'insussistenza di condanne riportate in ordine a reati che incidano sull'affidabilità morale e professionale di un concorrente, non comprendono l'implicita dichiarazione di insussistenza di provvedimenti di condanna per quei reati previsti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, dir. CE 2004/18, ciò in quanto l'art. 38 del d.lgs. n. 163/06 (Codice di contratti), distingue due categorie di reati: quelli definiti dal succitato art. 45, nonché quelli di cui alla stessa norma del Codice degli appalti, senza individuare precise fattispecie criminose come "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale". Inoltre le rispettive tipologie di condanne comportano conseguenze diverse, giacché le prime costituiscono causa automatica di esclusione, invero le seconde lasciano alla stazione appaltante "un margine di apprezzamento sia sull'incidenza del reato sulla moralità professionale, sia sull'offensività per lo Stato o per la Comunità, sia sulla gravità del fatto.

Il riferimento a condanne per i reati definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1,

dir. Ce 2004/18 si applica anche a quelle imprese concorrenti aventi sede in Italia, ciò in virtù della ratio uniformatrice della disposizione in esame, tesa a garantire, all'interno dell'Unione Europea, l'adozione di una disciplina ispirata alla par condicio fra soggetti economici di diversa nazionalità, e che a tale scopo definisce i reati per i quali vige l'obbligo di attestare l'insussistenza di una condanna al fine di partecipare alle gare pubbliche.

TAR Lazio, Sez. II, 24.2.2010, n.3003

Ricorso avverso una trattativa privata - inammissibilità.

E' inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto contro una trattativa privata con il quale si contesta la mancanza dello svolgimento di una gara pubblica, quando l'impresa che lo propone, inserita nell'elenco dei destinatari della lettera di invito, abbia partecipato al procedimento senza sollevare alcuna riserva in tal senso.

L'acquiescenza prestata alla modalità della trattativa privata dall'impresa chiamata a contrattare mediante lettera d'invito, rappresenta secondo giurisprudenza consolidata (CdS, VI, 22.10.2008, n.5177; CdS, V, 9.10.2003, n.6072; CdS, V, 17.9.2002, n. 4725; CdS, VI, 8.7.1995, n. 703; TAR Liguria, II, 29.8.2001, n. 899), causa di inammissibilità del gravame. Detta inammissibilità si fonda tanto sul difetto di inte-

resse dell'impresa ricorrente, avendo la stessa prestatore offerta e partecipato al procedimento senza esprimere specifica riserva - prestando acquiescenza al metodo negoziato di contrattazione scelto dalla stazione appaltante - quanto sull'assenza di un pregiudizio nella restrizione della concorrenza, attribuendo, di contro, detta situazione una maggiore possibilità di conseguire l'affidamento.

TAR Veneto, Sez. I, 11.2.2010, n. 438

Gara - Esclusione - applicazione del principio del c.d. *favor participationis*.

*L'esclusione di una ditta da una gara pubblica in caso di *lex specialis* oggettivamente ambigua è illegittima.*

A tal proposito il TAR adito ha osservato, nel testo della sentenza, che la norma di gara non autorizzava *ex se* l'esclusione dalla gara di una ditta che non aveva inserito l'offerta economica in una specifica busta sigillata distinta da quella contenente la documentazione amministrativa. Trattandosi, pertanto, di una clausola oggettivamente ambigua va applicato il principio del *favor participationis*, ammettendo l'offerta della ditta ricorrente. La possibilità che detta offerta fosse comunque considerata non appare lesiva della *ratio* che vede distinte l'offerta tecnica ed economica, per le quali si possono porre in essere valutazioni autonome e distinte.

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 13.4.2010, n. C-91/08

Conclusione contratto di concessione - obbligo di trasparenza.

Qualora le modifiche apportate alle disposizioni di un contratto di concessione di servizi presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle che abbiano giustificato l'aggiudicazione del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, idonee a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale contratto, devono essere concessi, conformemente all'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, ivi compresa anche la possibilità un nuovo procedimento di aggiudicazione. All'occorrenza, il nuovo procedimento di aggiudicazione dovrà essere organizzato secondo modalità adeguate alle specificità della concessione di servizi di cui trattasi e permettere che un'impresa avente sede sul territorio di uno Stato membro possa avere accesso ad adeguate informazioni relative a detta concessione prima che essa sia aggiudicata.

Qualora un'impresa concessionaria concluda un contratto relativo a servizi rientranti nell'ambito della concessione affidatale da un ente locale, l'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE nonché dai principi della parità di trattamento e dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità non si applica qualora tale impresa: i) sia stata costituita da detto ente locale allo scopo dell'eliminazione dei rifiuti e della pulizia della rete viaria, ma sia al tempo stesso attiva sul mercato; ii) sia detenuta dall'ente locale medesimo nella misura del 51%, ma le decisioni di gestione possano essere adottate soltanto a maggioranza dei tre quarti dei voti dell'assemblea generale di tale impresa; iii) abbia soltanto un quarto dei membri del consiglio di vigilanza incluso il presidente, nominato dallo stesso ente locale, e iv) tragga più della metà del proprio fatturato da contratti sinallagmatici relativi all'eliminazione dei rifiuti ed alla pulizia della rete viaria sul territorio di tale ente locale, contratti che quest'ultimo finanzia mediante imposte locali versate dai suoi amministrati.

Corte costituzionale, 8.4.2010, n. 127

Gestione rifiuti - materia di competenza statale.

La materia dei rifiuti attiene alla potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela ambientale, e, in tale materia, è consentito allo Stato emanare regolamenti per esigenze di uniformità.

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 7, co. 1, lett. c), della l. r. Umbria 13.5.2009, n. 11 (Norme per la gestione integrata dei rifiuti e la bonifica delle aree inquinate), nella parte in cui attribuisce ai Comuni la funzione di rilascio, rinnovo e modifica dell'autorizzazione alla gestione dei centri di raccolta, in quanto subordinare la gestione di tali centri al preventivo rilascio di un'autorizzazione da parte del Comune, si pone in contrasto con la normativa nazionale rappresentata dal d.m. 8.4.2008, emesso in attuazione dell'art. 183, c. 1, lett. c), del d. lgs. n. 152 del 2006, che è espressione della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, c. 2, lett. s), cost..

Consiglio di Stato, Sez. VI, 6.4.2010, n. 1918

Determinazione tariffe servizi pubblici - giurisdizione a.g.a..

Regolamento determinazione tariffe servizi pubblici - termine impugnazione - pubblicazione.

La cognizione sulla determinazione delle tariffe dei servizi pubblici appartiene al giudice amministrativo, in quanto coinvolgente l'esame sull'uso di un potere amministrativo, a fronte del quale la posizione dei soggetti interessati non può che essere di interesse legittimo.

Il termine per impugnare i regolamenti di determinazione delle tariffe e delle tasse dovute per la gestione di servizi locali decorre, dal giorno in cui scade il termine per la pubblicazione, trattandosi di atti per i quali non è richiesta la notifica individuale, sul presupposto della immediata lesività dei regolamenti in questione e della loro conseguente autonoma impugnazione rispetto ai successivi provvedimenti di accertamento e riscossione dei corrispettivi. Ciò risponde alla regola generale secondo cui gli atti di natura normativa secondaria, in

quanto aventi destinatari indeterminati, non vanno notificati personalmente ai fini della decorrenza del termine per impugnare.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.3.2010, n. 1790
Illuminazione votiva cimiteriale - Servizio pubblico locale.

Il comune che si avvalga dell'opera di un privato, per le attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, pone di regola in essere una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, poiché normalmente detto impianto costituisce un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di consentire il culto dei defunti, anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione. Il d.m. 31.12.1983 classifica in modo espresso, come servizio pubblico locale, l'illuminazione votiva nel proprio articolo unico, al punto 18, ultima parte, per cui, nel caso di specie, correttamente l'ente locale ha ritenuto la concessione in esame come sottoposta alla previsione normativa di cui l'art. 113, c. 15-bis, T.U.e.l., contemplante la scadenza delle concessioni di servizi pubblici locali non affidate mediante gara, senza in alcun modo considerare le ragioni per le quali a suo tempo non si sarebbe fatto ricorso alla gara, prendendo atto di quanto disposto legislativamente e senza necessità di un apposito procedimento.

Consiglio di Stato, Sez. V, 22.3.2010, n. 1651
Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) - affidamento servizio (né pubblico né strumentale) - applicabilità.

Servizio pubblico - nozione.

E' illegittimo, in quanto contrario all'art. 13 del d.l. 223/06, convertito nella l. n. 248/06, l'affidamento di un appalto di servizi a favore di una società costituita da enti pubblici locali e destinata a gestirne i servizi pubblici strumentali, anche quando l'oggetto della gara sia qualificabile come mero servizio (né pubblico, né strumentale all'ente). Infatti, l'articolo richiamato dispone che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, con esclusione dei servizi pubblici locali, non possono svolgere prestazioni a favore di altri enti pubblici o privati, intendendo riferirsi a qualsiasi tipo di prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti e non essendo la qualificazione differenziale tra attività

strumentali e gestione di servizi pubblici riferibile all'oggetto dalla gara, ma bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa. Invero, il divieto colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni locali che esercitano attività amministrativa in forma privatistica e non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici.

L'enunciato dell'art. 13 del d.l. n. 223/06 (c.d. decreto Bersani), nel porre un divieto di partecipazione alle gare pubbliche per le società strumentali degli enti locali, evidenzia che la limitazione della legittimazione negoziale delle società strumentali si riferisce a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, senza che a nulla rilevi la qualificazione di tali attività.

La qualificazione differenziale tra attività strumentali e gestione di servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì invece all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa. Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali, che esercitano attività d'impresa di enti pubblici: esso è posto al fine di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione.

Il divieto di cui al co. 6 dell'art. 113 T.U.E.L. si applica a decorrere dal 1.1.2007, "salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa" (co. 15-quater dell'art. 113 T.U.E.L.). I servizi messi a gara devono essere, perché operi la deroga, proprio quelli che le società fornivano all'amministrazione che ha indetto la gara. La sua ragion d'essere è quella di evitare che le società che forniscono servizi ad un'amministrazione ed hanno pertanto acquisito esperienza "sul territorio" siano automaticamente estromesse dalle gare per l'affidamento concorrenziale di quei servizi: non già, invece, quello di elargire agli attuali affidatari diretti una moratoria generalizzata a tutte le prime gare rispetto al termine del 1.1.2007. Tutti questi elementi indu-



cono ad affermare che la deroga deve intendersi ristretta alle società che gestivano i servizi oggetto della gara con affidamento diretto da parte dell'amministrazione che la indice. Costrutto ben diverso da quello successivamente esibito dal co. 9 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 conv. dalla l. n. 133 del 2008, modificato dall'art. 15 c. 1 lett. d) del d.l. n. 135 del 2009 convertito dalla l. n. 166 del 2009: "I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti", in cui il riferimento a "tutto il territorio nazionale" e alla "prima gara successiva alla cessazione del servizio" designa un diverso punto di rilevanza ermeneutica: quello dell'impresa affidataria.

La nozione di servizio pubblico prescelta dal legislatore, quella oggettiva, si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità. Ne consegue che, fermi gli elementi essenziali sopra menzionati, la configurazione del servizio pubblico è compatibile con diversi schemi giuridici e con differenti modalità di remunerazione della prestazione (pertanto, nel caso di specie, a nulla rileva che oggetto dell'affidamento fosse soltanto la raccolta dei rifiuti e non l'intero servizio dell'igiene ambientale, così come non rileva che il gestore fosse remunerato dal soggetto aggiudicatore: quel che conta, infatti, è che l'attività del gestore fosse diretta ad una platea indifferenziata di utenti e che esso fosse destinatario di obblighi funzionali alla destinazione al pubblico dell'attività dovuta).

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.3. 2010, n. 1504
Servizio trasporto pubblico locale - aggiudicazione impresa beneficiaria di finanziamenti regionali - legittimità.

E' legittimo il provvedimento di aggiudicazione di una gara avente ad oggetto il servizio di trasporto pubblico locale, adottato nei confronti di un'impresa concorrente che, ai fini dell'espletamento dell'attività oggetto del contratto, ab-

bia utilizzato mezzi e risorse derivanti da finanziamenti concessi dalla regione, ciò in quanto i suddetti contributi sono erogati con vincoli di destinazione che, nel caso di specie, risultano rispettati e riguardano l'uso strettamente commerciale dei mezzi acquistati con il finanziamento. Lo scopo perseguito dall'ente regionale è quello di conferire alle risorse, necessarie per l'acquisto dei mezzi di trasporto, il vincolo di destinazione del servizio pubblico; inoltre, nel caso di specie, la *lex specialis* di gara nulla prescriveva in ordine all'inutilizzabilità dei mezzi acquistati con finanziamento regionale, ma richiedeva la mera disponibilità degli stessi.

Consiglio di Stato, Sez. V, 5.3.2010, n. 1282

Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) - finalità.

Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) - strumentalità - sussistenza.

Il divieto di partecipazione a gare pubbliche previsto dall'art. 13 del d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito dalla l. 4.8.2006, n. 248 e s.m.i. per le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzioni di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività – come rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza 1.8.2008, n. 326 – ha lo scopo di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali, costituendo fattori distorsivi della concorrenza.

Il requisito della strumentalità, previsto dall'art. 13 del d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito dalla l. 4.8.2006, n. 248 e s.m.i., sussiste allorché l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo e per il perseguimento dei loro fini istituzionali.

Si deve ritenere che sia l'elemento oggettivo della strumentalità a giustificare il divieto di partecipazione a gare di appalto previsto dall'art. 13 del d.l. 4.7.2006, n. 223, e non già la partecipazione delle amministrazioni pubbliche al capitale delle predette società: ciò trova del resto conforto sia nella previsione del 2° co. dell'art. 13 cit., secondo cui tali società sono ad oggetto sociale esclusivo, sia in quella del successivo co. 3 dello stesso art. 13 (a mente del quale le predette società devono cessare le

attività non consentite entro quarantadue mesi ed a tal fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società). Non può pertanto essere esclusa da una gara di appalto una società che, pur essendo indirettamente partecipata da amministrazioni pubbliche locali, non è stata costituita od è partecipata dalle pp.aa. stesse per la produzione di beni e servizi ad esse strumentali in funzione della loro attività.

Consiglio di Stato, Sez. V, 4.2.2010, n. 511
Trasporto pubblico locale - contributi regionali a concessionari - criterio del disavanzo effettivo (invece che dei costi sopportati) - legittimità.

L'amministrazione regionale, nell'applicare il criterio del deficit di esercizio effettivo, ha un potere di rideterminazione e riclassificazione dei bilanci, non essendo certo tenuta ad accettare e prendere atto delle risultanze formali dei bilanci delle imprese, ma potendo e dovendo verificarli, all'uopo decurtando il disavanzo da costi ritenuti non pertinenti, eccessivi, o inerenti ad altre contabilità che avrebbero dovuto tenersi separate.

Nel caso di specie, la l. r. Calabria n. 12/1997, dispone all'art. 5, co. 6, che "al fine di contribuire al risanamento dei trasporti pubblici locali di competenza regionale, la Giunta regionale è autorizzata a concedere contributi alle aziende concessionarie dei servizi di trasporto pubblico locale, nei limiti delle disponibilità finanziarie autorizzate dal bilancio regionale, e nel rispetto della vigente legislazione statale, per la copertura dei disavanzi di esercizio effettivi, riferiti al periodo dal 1.1.1987 al 31.12.1996, accertati e riclassificati secondo la vigente normativa, da erogarsi previa verifica da parte della commissione tecnica costituita con D.G.R. n. 4471 del 23.7.1996, e sulla base di apposito piano di riparto da approvarsi da parte del consiglio regionale". In tal modo il legislatore regionale ha predisposto un parametro di determinazione dei contributi, non più alla stregua dei costi medi sopportati dalle imprese esercenti il trasporto pubblico locale, ma tenendo conto dei disavanzi effettivamente verificatisi. Si è passati, dunque, da un sistema basato su costi e ricavi standardizzati ad un sistema basato su costi e ricavi effettivi, come quindi dichiarati negli stessi bilanci delle aziende di trasporto pubblico locale. Pertanto,

nel caso di specie, gli importi spettanti alla società ricorrente, in quanto riferiti al periodo temporale disciplinato ex novo dalla citata L.R. n. 12/1997, non potevano che essere determinati sulla base delle nuove modalità di calcolo, introdotte da tale normativa.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.2.2010, n. 436
Gestione farmacia comunale - affidamento provvisorio (e temporaneo) - ammissibilità.

E' legittima la decisione di un comune di disporre l'affidamento provvisorio della gestione della farmacia comunale per il tempo strettamente necessario per la costituzione di una società "in house". In particolare, il sindaco, nel caso di specie, ha esercitato il potere contingibile ed urgente, attribuito da due norme dell'ordinamento, ossia l'art. 129 del r.d. 1265/34 e l'art. 50 co. 5 del d. lgs. 267/2000, al fine di disciplinare la gestione dell'esercizio farmaceutico nel ristretto arco temporale in questione. In ragione della natura extra ordinem del potere esercitato, il sindaco non era tenuto ad espletare una procedura concorsuale incompatibile con le ragioni di urgenza, ma solo ad effettuare una scelta rispettosa dei principi generali dell'azione amministrativa. In questo quadro la scelta non è né illogica né irrazionale, in quanto si trattava del gestore in atto (quindi il più idoneo a garantire la qualità del servizio).

Consiglio di Stato, Sez. V, 27.1.2010, n. 299
Servizio idrico integrato - subentro nuovo gestore.

I singoli comuni, fino all'effettivo subentro del nuovo gestore del servizio idrico integrato (S.I.I.), individuato dall'Ente d'Ambito, continuano ad espletare il servizio attraverso le forme di gestione preesistenti e possono appaltare all'esterno servizi già svolti da ditte esterne nonché appaltare lavori di straordinaria manutenzione di cui le reti idrica e fognaria urgentemente necessitano.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.12.2009, n. 8970
Affidamento in house - controllo analogo (necessario) - controllo ex art. 2359 c.c. (non necessario).

Nel caso di una società partecipata - ancorché in via totalitaria - da più enti pubblici, che sia diretta affidataria di un servizio pubblico locale, il requisito del "controllo analogo", inteso nei sensi della "dottrina Teckal", necessario per ritenere legittimo l'affidamento in

house di appalti pubblici, non postula necessariamente anche il "controllo", da parte del socio pubblico, sulla società e, in via consequenziale, su tutta l'attività, sia straordinaria sia ordinaria, da essa posta in essere, assimilabile a quello, individuale, delineato dai primi due commi dell'art. 2359 c.c., essendo, invece, sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati. Infatti, il requisito del controllo analogo non sottende una logica "dominicale", rivelando piuttosto una dimensione "funzionale": affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un "controllo" della governance societaria.

Il requisito del "controllo analogo", necessario per il legittimo affidamento diretto di appalti pubblici ad una società, postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare "tutta" l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento; risulta quindi indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci.

Cassazione, Sez. Un., ord. 19.12.2009, n. 26806

Società private partecipate da ente pubblico - responsabilità amministratori - giurisdizione C. conti - solo per danno all'immagine.

Va esclusa la giurisdizione della Corte dei Conti, dovendosi affermare la giurisdizione del giudice ordinario nel caso di responsabilità degli amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico, le quali non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. La scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica, infatti, il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta. Dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi so-

ciali di una società a partecipazione pubblica, pur quando direttamente designati dal socio pubblico, logicamente perciò discende la responsabilità di detti organi nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, nei medesimi termini – contemplati dagli artt. 2392 e segg. del c.c. – in cui tali diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsivoglia altra società privata.

Rientra, invece, nella giurisdizione della Corte dei Conti l'azione di responsabilità per il danno arrecato all'immagine dell'ente da organi della società partecipata. Infatti, tale danno, anche se non comporta apparentemente una diminuzione patrimoniale alla pubblica amministrazione, è suscettibile di una valutazione economica finalizzata al ripristino del bene giuridico lesso.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.12.2009, n. 8376
Società a capitale interamente pubblico - ingresso socio privato - società mista - procedura di evidenza pubblica.

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo – il quale è giudice naturale di tutte le attività amministrative autoritative, anche se poste in essere tramite soggetti formalmente privati, ma controllati o dominati da pubbliche amministrazioni – una procedura volta ad aprire ad un socio operativo privato il capitale di una società pubblica già affidataria di un servizio pubblico, attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote o di aumento di capitale, cosicché risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione, atteso che tale procedura costituisce comunque una modifica dell'assetto soggettivo della gestione, e integra un diverso affidamento del servizio: essa pertanto configura un'attività connotata da autoritatività, a fronte della quale si stagliano interessi legittimi dei soggetti coinvolti, e deve svolgersi attraverso procedure di evidenza pubblica. Esorbita invece dalla giurisdizione amministrativa ogni altra vicenda in cui una società affidataria di un servizio riceva apporti al proprio capitale da parte di soggetti privati che siano meri finanziatori, ossia non aventi le caratteristiche di soci industriali, o i quali comunque non partecipino direttamente alla gestione o allo svolgimento del servizio affidato.

TAR Calabria, Cz, Sez. II, 12.4.2010, n. 451

Servizio pubblico di comunicazione elettronica - obblighi del proprietario della rete - canone per società erogatrici.

Per consentire l'apertura del mercato ad operatori economici nella fase di erogazione del servizio di comunicazione elettronica si è stabilito l'obbligo del proprietario della rete di consentire ad altri operatori economici di "usare" la propria infrastruttura al fine di svolgere l'attività di erogazione del servizio: si tratta di un uso pubblico di un bene privato, che obbliga al pagamento di un prezzo e la contrattazione avviene sotto il controllo delle autorità di regolazione del mercato, al fine di evitare che la negoziazione privata, per il suo contenuto, ostacoli il corretto funzionamento delle regole di diritto pubblico aventi lo scopo di attuare la concorrenza "nel mercato".

Le società che erogano il servizio pubblico di comunicazione elettronica e che utilizzano le infrastrutture di proprietà di altra società non sono tenute al pagamento del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (co-sap).

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 19.3.2010, n. 1085

Gestione rifiuti solidi urbani - clausola di revisione del prezzo - giurisdizione a.g.a..

Relativamente ai contratti di appalto di pubblici servizi, di natura periodica o continuativa, la giurisdizione in ordine alle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo appartiene al giudice amministrativo per espressa previsione dell'art. 244, c. 3, del d. lgs. n. 163 del 2006 e in forza dell'art. 44, co. 19 della l. n. 724 del 1994 e la giurisdizione si estende al relativo provvedimento applicativo. Stante l'ampia formulazione del citato art. 244, co. 3, del d. lgs. n. 163/2006, il suo campo di applicazione si estende, nel caso di specie, anche al contratto di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani, sicché per effetto di questa norma, non si potrà più discorrere di giurisdizione generale di legittimità, versandosi in un'ipotesi legale di giurisdizione esclusiva, afferente alla particolare materia della revisione prezzi. La lettera dell'art. 244 depono per l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo anche per le controversie relative al quantum, così richiamando il momento della quantificazione della revisione che quindi viene attratto nell'orbita della giurisdizione esclusiva.

TAR Sardegna, Sez. I, 17.2.2010, n. 185

Servizi pubblici - decadenza da concessione - giurisdizione a.g.a..

Rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. la controversia relativa alla decadenza dalla concessione di un pubblico servizio ovvero relativa alla risoluzione per grave inadempimento della relativa convenzione (nella specie, si verteva della concessione per la gestione dei servizi di accertamento e riscossione di tributi locali).

TAR Piemonte, Sez. I, 15.2.2010, n. 934

Gestore servizio pubblico locale - diritto accesso consiglieri comunali ex art. 43 T.U.E.L. - applicabilità.

Sono soggette al diritto di accesso da parte dei consiglieri comunali ex art. 43 del T.U.E.L. tutte le società di cui si avvalgono gli enti locali per la gestione dei servizi pubblici, a prescindere dalla misura della partecipazione del comune al capitale sociale e dalla qualità di società partecipata dall'ente o di mero concessionario della gestione dei servizi. Pertanto, è illegittimo il provvedimento di diniego emesso nei confronti di un consigliere comunale, di accedere agli atti di una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, affidataria di alcuni servizi locali, sul rilievo che la società intimata, pur essendo partecipata maggioritariamente al 53% dal comune non era qualificabile come ente o azienda dipendente dal medesimo, ai sensi dell'art. 43 del T.U.E.L., difettando il requisito del controllo analogo.

TAR Calabria, Rc, Sez. I, 9.2.2010, n. 62

Affidamento unitario o contestuale dei servizi da parte di più amministrazioni - ammissibilità.

In linea di principio, ben può accadere che una o più amministrazioni, specie del medesimo settore, concordino una procedura di gara per l'affidamento unitario o contestuale dei propri servizi, allo scopo di ottimizzare le procedure, contenere i costi ed ottenere condizioni di servizio migliorative, o più convenienti, in una ottica di efficienza allocativa delle risorse, ma ciò deve necessariamente avvenire prima dell'espletamento della procedura di gara, in modo che in quest'ultima si renda noto al pubblico la circostanza che a base d'asta sono posti i servizi di più amministrazioni, consentendo così al mercato ed agli imprenditori di ponderare conseguentemente ed in maniera appropriata le proprie strategie imprenditoriali ed il contenuto dell'offerta (ad esempio, consideran-

do eventuali economie di scala che consentono un migliore ribasso, oppure valutando i costi complessivi a carico dell'impresa e così via).

TAR Toscana, Sez. I, 2.2.2010, n. 169

Art. 23 bis, co. 9, d.l. n. 112/08 - portata ante modifica di cui al d.l. n. 135/09.

Il co. 9 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, nella versione precedente l'ultima modifica introdotta per mezzo del d.l. 25.9.2009, n. 135, convertito con modificazioni in l. 20.11.2009, n. 166, inibisce agli affidatari diretti di servizi pubblici locali non solo di "acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi" ma anche di "svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati", laddove il riferimento accanto ai "servizi" anche alle "attività" non può che essere funzionale ad estendere il fuoco applicativo della norma oltre l'ambito proprio dei servizi pubblici e a comprendere anche il settore degli appalti di servizio.

TAR Emilia, Bo, Sez. I, 29.1.2010, n. 460

Gestione e manutenzione lampade votive - servizio pubblico di rilevanza economica ai sensi dell'art. 113 T.U.E.L..

E' illegittima la delibera con la quale un Comune ha deciso di esercitare nella forma dell'amministrazione diretta la gestione e manutenzione delle lampade votive all'interno dei cimiteri comunali, atteso che la gestione dell'illuminazione è un servizio pubblico a rilevanza economica e che l'art. 113 d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (T.U.E.L.) nella sua attuale formulazione, vigente nella parte non in contrasto con l'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112, non prevede l'affidamento diretto come modalità di gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 28.1.2010, n. 327

Gestione rifiuti - piano tariffario - competenza - impugnazione - legittimazione.

Ai sensi dell'art. 42, d. lgs. 18.8. 2000 n. 267, la determinazione e l'aggiornamento delle tariffe relative alla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani esula dalla sfera di competenza della giunta comunale, rientrando, invece, nei poteri riservati al consiglio comunale.

Ai fini dell'impugnazione del Piano tariffario integrativo per la gestione dei rifiuti, resosi necessario per disporre il pagamento, in favore del gestore del servizio, dei maggiori costi non

preventivati in sede di Pef (piano economico finanziario redatto a cura del gestore), sono legittimati quei soggetti che si trovano in una situazione di collegamento diretto con il territorio entro i cui limiti si esercita la potestà impositiva dell'ente civico, in quanto detto collegamento radica in capo ai ricorrenti una posizione certamente qualificata ad adire il giudice amministrativo a protezione di un interesse, quale quello di integrità del patrimonio, suscettibile di essere inciso dalla delibera impugnata.

TAR Umbria, Sez. I, 21.1.2010, n. 26

Concessione servizio pubblico e appalto pubblico di servizi - differenziazione.

Secondo l'opinione, ormai consolidata, di matrice comunitaria il criterio distintivo tra concessione di servizi ed appalto deve essere ricercato nel differente destinatario della prestazione e nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio. In particolare, può parlarsi di concessione se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'amministrazione, e se (almeno per la parte prevalente) la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio. In coerenza con tale elaborazione, l'art. 30 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici), al co. 2, stabilisce che "nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio".

Va qualificato come concessione di servizi il rapporto con cui è stato affidato da una Azienda sanitaria ad un privato la gestione di un servizio bar e ristorazione all'interno di un complesso ospedaliero, in quanto, sussistono entrambi i requisiti contenutistici: il servizio di gestione del bar interno è reso ad un pubblico di utenti del presidio ospedaliero, ed il rischio di gestione del servizio ricade sull'aggiudicatario, che non è dunque remunerato dall'amministrazione, ma si rifà sugli utenti. Né può indurre ad una diversa soluzione la circostanza che, in correlazione anche con l'affidamento in uso di locali dell'Azienda ospedaliera, sia previsto dal bando di gara il versamento, da parte del concessionario, di un canone annuo, come pure l'obbligo dello stesso di svolgere i lavori di predisposizione e di adeguamento funzionale dei locali. Tali elementi non sono tali da modificare il profilo causale della concessione di servizi; ed anzi, seppure con altra finalità, l'art. 32, c.1, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006 pre-

vede la possibilità che il concessionario di servizi pubblici sia chiamato a svolgere lavori strettamente strumentali alla gestione del servizio, che divengono di proprietà della amministrazione aggiudicatrice.

TAR Lazio, Sez. II, 14.1.2010, n. 263

Convenzione gestione servizio pubblico - decadenza - giurisdizione a.g.o..

La declaratoria di decadenza da una convenzione, qualora prevista a livello negoziale, quand'anche rappresenti il risultato di operazioni discrezionali e/o di valutazioni tecniche elaborate dalla PA, si inserisce pur sempre nell'ambito paritetico del contratto, costituendo in concreto esplicitazione non di un'autotutela amministrativa, bensì di un diritto potestativo direttamente discendente dal regolamento negoziale. Ne consegue che la controversia concernente la decadenza della società esecutrice dalla convenzione per la gestione di pubblici servizi, attenendo a diritti soggettivi, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario.

E' esclusa la sussistenza della giurisdizione amministrativa in materia di controversie concernenti la decadenza dalla convenzione di gestione di pubblici servizi, qualora la predetta convenzione preveda una clausola compromissoria. Ed infatti, il divieto di attribuire ad arbitri la decisione di controversie relative a materie devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva è stato abolito dall'art. 6, co. 2 della l. 205/2000.

TAR Lazio, Sez. II, 14.1.2010, n. 247

Convenzione gestione servizio pubblico - decadenza - giurisdizione a.g.o..

La declaratoria di decadenza da una convenzione, qualora prevista a livello negoziale, quand'anche rappresenti il risultato di operazioni discrezionali e/o di valutazioni tecniche elaborate dalla PA, si inserisce pur sempre nell'ambito paritetico del contratto, costituendo in concreto esplicitazione non di un'autotutela amministrativa, bensì di un diritto potestativo direttamente discendente dal regolamento negoziale. Ne consegue che la controversia concernente la decadenza della società (mista) esecutrice dalla convenzione per la gestione di pubblici servizi, attenendo a diritti soggettivi, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 11.1.2010, n. 8

Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) - società miste ad oggetto sociale misto (servizi strumentali e pubblici locali) - applicabilità.

Le società miste che nel loro oggetto sociale abbiano incluso sia servizi strumentali che servizi pubblici locali ricadono nel divieto di partecipazione di cui all'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (decreto Bersani). La giurisprudenza ha chiarito, infatti, che "anche le società miste che hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali, pur non rientrando in via diretta nell'ambito di applicazione del co. 2 dell'art. 13, devono avere oggetto sociale esclusivo. Se, infatti, sono assoggettate a tale prescrizione le società di cui al c. 1, ossia le società che svolgono (attività di produzione di beni e) servizi strumentali, le quali pertanto non possono comprendere nel loro oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici locali, ne deriva come conseguenza che anche le società miste, le quali intendano dedicarsi alla gestione di questi ultimi, devono prevedere quale loro oggetto sociale esclusivo la gestione dei servizi pubblici locali. Del resto, ove non si ritenga condivisibile tale soluzione interpretativa, occorrerebbe ammettere che il divieto introdotto dal c. 1 dell'art. 13 sarebbe inapplicabile in tutte le ipotesi di società miste che nel loro oggetto sociale abbiano incluso sia servizi strumentali che servizi pubblici locali. In tale prospettiva, la semplice presenza di tale ultima attività renderebbe operante l'eccezione al divieto (di cui all'inciso "con esclusione dei servizi pubblici locali"). Ma questa appare una lettura inaccettabile poiché priva la disposizione in esame di qualsiasi significato normativo.

TAR Lazio, Sez. II, 5.1.2010, n. 36

Art. 13 d.l. n. 223/06 (c.d. decreto Bersani) - applicabilità - limiti.

Il divieto di partecipazione alle gare ex art. 13 del d.l. 223/2006 non si estende alle società cd. di terza generazione. La natura di queste società costituisce una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluisce direttamente nel capitale di rischio delle imprese. Le società strumentali di cui l'art. 13 del d.l. 223/2006, se pur esercitano attività di natura imprenditoriale, sono strutture costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che



venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale.

Alle società pubbliche, anche se costituite nella forma di società di capitali, si applica il divieto di operare con enti diversi da quelli di riferimento, in quanto svolgono attività amministrative, di natura finale o strumentale, in forma privatistica.

TAR Calabria, Cz, Sez. II, 31.12.2009, n. 1481
Concessione di servizio pubblico e appalto pubblico di servizi - differenziazione.

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 PA e si rifà sugli utenti che versano gli importi per l'utilizzo del servizio.

TAR Sardegna, Sez. I, 30.12.2009, n. 2691
Gestore servizio pubblico - diritto di accesso - applicabilità.

L'attività amministrativa, alla quale gli artt. 22 e 23, l. n.241/90 correlano il diritto d'accesso, ricomprende, non solo, quella di diritto ammi-

nistrativo, 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 (nella specie, il Collegio ha ritenuto illegittimo il diniego opposto da Poste Italiane S.p.A. all'istanza di accesso ad alcuni atti e documenti contenuti nel fascicolo personale di una propria dipendente).

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 23.12.2009, n. 265
Società mista affidataria del servizio di gestione rifiuti - modifica statutaria con ampliamento oggetto sociale - recesso del comune - illegittimità.

E' illegittimo il recesso esercitato da un comune, in persona del sindaco, dalla società a cui ha revocato contestualmente l'affidamento del servizio di gestione rifiuti, a causa dell'ampliamento dell'oggetto sociale deliberato dall'assemblea straordinaria della s.p.a, in quanto la modifica statutaria, nel caso di specie, non ha in concreto comportato lo snaturamento dell'attività e dello scopo sociale richiesto dalla giurisprudenza per poter legittimamente esercitare il diritto di recesso ex art. 2437 c.c..

Il consiglio comunale ha impropriamente provveduto alla ratifica di un atto affetto da vizio di incompetenza relativa, quale la manifestazione di volontà di recesso del sindaco e quindi insuscettibile della ratifica (in quanto strumento per fare proprio l'atto adottato da un organo competente a porlo in essere solo in via d'urgenza e salvo ratifica) in considerazione del fatto che l'art. 42 del T.U.E.L. non prevede un potere d'urgenza del sindaco quale quello esercitato nel caso di specie.

«.....GA.....»

PARERI



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

1. LA PROGETTAZIONE

DOMANDA

L'amministrazione ha indetto una gara per affidare, tra gli altri, i servizi di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva relativamente alla realizzazione della nuova biblioteca comunale. Criterio di aggiudicazione è stato l'offerta economicamente più vantaggiosa (qualità idea progettuale in risposta ad alcuni obiettivi dell'amministrazione 40%, curriculum 40%, ribasso sul prezzo competenze 20%). I partecipanti dovevano proporre un'idea progettuale, non vincolante, ma valutata in sede di aggiudicazione secondo sottocriteri rappresentativi delle esigenze manifestate dall'amministrazione. La gara è stata aggiudicata ad un raggruppamento di professionisti che ha presentato come idea progettuale un ampliamento di parte della sede municipale da cui ricavare la nuova biblioteca. Questa idea progettuale ha contribuito alla determinazione del punteggio di aggiudicazione. In sede di successivo approfondimento con l'amministrazione per la redazione del preliminare, al progettista è stato chiesto di proporre una soluzione progettuale anche diversa, che non contemplasse l'ubicazione della biblioteca nella parte ampliata del municipio ma la realizzazione di un altro edificio, nei pressi della sede municipale. Su questa nuova proposta progettuale, diversa da quella presentata in sede di gara, l'amministrazione ha espresso gradimento e vorrebbe procedere ad un atto di indirizzo che autorizzi il progettista a proseguire i successivi livelli di progettazione conformemente alla nuova

proposta. Il quesito è questo: essendo il progettista stato scelto anche alla luce di un'idea progettuale, ma non essendo il bando confezionato come concorso di idee (non prevedeva l'acquisizione di un progetto vero e proprio in sede di offerta), sono configurabili estremi di illegittimità di un atto di indirizzo da parte della giunta con la finalità sopradetta, ovvero di far proseguire la progettazione in modo coerente con la nuova idea progettuale (realizzazione di un nuovo edificio adibito a biblioteca comunale invece che ampliamento della sede municipale)?

RISPOSTA

Se, come riferito, l'idea progettuale presentata dal raggruppamento di professionisti che è risultato aggiudicatario della gara e con la quale si è proposto di realizzare la nuova biblioteca comunale mediante un ampliamento di una parte della sede municipale, è stata valutata in sede di determinazione del punteggio di aggiudicazione, ne consegue che tale punteggio e quindi, in definitiva, le motivazioni dell'aggiudicazione stessa hanno trovato un diretto collegamento nel presupposto che fosse proprio quella idea a dover esser attuata perché ritenuta la migliore ed economicamente più vantaggiosa in base ai criteri previsti bando.

Una successiva modificazione della proposta (e specie quando si tratti non di meri adattamenti in corso d'opera per un più fisiologico sviluppo dell'idea proposta ma di una vera e propria innovazione sostanziale) non risulta quindi ammissibile poiché si porrebbe in violazione dei noti principi generali della par

condicio e della concorrenzialità tra le imprese, in quanto di fatto verrebbe modificato ex post l'oggetto del contratto, con alterazione quindi di un elemento essenziale in relazione al quale è stato determinato il punteggio che ha portato ad individuare nel predetto raggruppamento il soggetto aggiudicatario della gara.

D'altronde va ricordato che anche in giurisprudenza è stato ripetuto che il principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte del contraente, che governa la capacità di agire dei soggetti pubblici importa l'esclusione della possibilità di modificare le condizioni contrattuali sia prima che dopo l'aggiudicazione, e trasformando quindi quella che era una procedura concorsuale aperta in una sostanziale procedura negoziata (cfr. CdS, V, 2-7 - 13.11.2002 n. 6281).

«.....GA.....»

2. LE VERIFICHE NEL SUBAPPALTO

DOMANDA

Si chiede se per i subappalti di importo inferiore sia al 2% sia a Euro 100.000,00 sia obbligatorio: 1) richiedere all'appaltatore la trasmissione delle fatture quietanzate dei pagamenti effettuati al sub-contraente. 2) accertare d'ufficio tramite richiesta DURC la regolarità contributiva del sub-contraente e in caso di irregolarità sospendere i pagamenti all'appaltatore.

RISPOSTA

1) Il co. 3 dell'art. 118 del codice dei contratti pubblici prevede che "nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista

entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento".

Da tale disposizione si desume che l'obbligo dell'appaltatore di trasmettere alla stazione appaltante copia delle fatture quietanzate dei pagamenti effettuati al subappaltatore sussiste nella misura in cui una tale sistematica sia stata espressamente prescelta dall'amministrazione in luogo del pagamento diretto al subappaltatore stesso e che, come tale, sia stata prevista nel bando di gara: tale conclusione può peraltro ritenersi valevole in relazione ad ogni ipotesi di subappalto a prescindere dal relativo importo, salvo che sia da escludere la ricorrenza dello stesso subappalto ai sensi del successivo co. 11.

Tale disposizione prevede infatti che "ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento; in tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al co. 2, numero 4)".

2) Il co. 6 dell'art. 118 cit. prevede che "l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le pre-

stazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al co. 7. Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente il documento unico di regolarità contributiva”.

Tuttavia con il co. 10 dell'art. 16 bis del d.l. n. 185/08 conv. con la l. n. 2/09, tale sistematica procedimentale può ritenersi superata in quanto tale disposizione ora prevede che “in attuazione dei principi stabiliti dall'art. 18, co. 2, della l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni, e dall'art. 43, co. 5, del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28.12.2000, n. 445, le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge”.

Dunque in base a tale nuova normativa risulta corretta la prospettazione contenuta nel quesito ed in base alla quale l'amministrazione accerta d'ufficio la regolarità contributiva del subappaltatore, potendo quindi anche sospendere il pagamento all'appaltatore ai sensi del cit. co. 3 dell'art. 118 ove risultino irregolarità contributive a carico del subappaltatore medesimo con il quale sussiste un regime di solidarietà con il primo come previsto al cit. precedente co. 6.

«.....GA.....»

3. IL VERBALE DELLA COMMISSIONE DI GARA

DOMANDA

In sede di celebrazione di gara, a seguito di procedura aperta, per l'affidamento di un servizio, il presidente della commissione nonché responsabile dell'ufficio tecnico ha avuto

un malore ed è stato ricoverato in ospedale. I tempi di recupero non sono brevi. Il segretario comunale dovrà sostituirlo, per espressa previsione del regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi.

Alla luce di quanto sopra rappresentato si chiede se delle operazioni di gara già esperite si dovrà redigere apposito verbale sottoscritto dal responsabile dell'UTC e poi far continuare le operazioni al segretario comunale che lo sostituisce, che dovrà prendere atto delle operazioni già espletate.

RISPOSTA

E' buona pratica, anche nei casi di sospensione forzata dei lavori di una commissione tecnica designata per espletamento di procedure concorsuali (appalti, selezioni personale ecc.) confezionare e sottoscrivere di volta in volta un verbale, che sia pure provvisorio, dia atto e certezza delle operazioni svolte fino al momento della interruzione dei lavori.

Al di là degli ambiti squisitamente giuridico-amministrativi il verbale in questione, attesa la sua natura di atto pubblico dotato di fede privilegiata fino a querela di falso, assume valore probatorio nel caso di un eventuale procedimento penale per fatti connessi al relativo procedimento amministrativo.

Il verbale in particolare deve dare atto dell'avvenuto svolgimento di una o più operazioni (per es: apertura dei plichi, esame della documentazione contenuta, verifica della conformità di tale documentazione alle prescrizioni del bando e delle conseguenti determinazioni del seggio).

E' il caso di ricordare, inoltre, che il principio della necessaria collegialità (“collegio perfetto”) che regola l'attività valutativa degli organi collegiali operanti nelle procedure concorsuali, non assume rilevanza per l'assenza di un componente della commissione, allorché la commissione giudicatrice si trovi a svolgere un'attività meramente istruttoria o preparatoria alla gara.

In particolare tale principio giurisprudenziale è riferibile ad ipotesi nelle quali l'attività della commissione si sia limitata allo svolgimento di attività conoscitiva o istruttoria.

Quando invece l'assenza del componente sia riferita a fasi di esplicitazione dell'attività de-



cisoria e valutativa, culminanti con l'attribuzione dei punteggi alle offerte, non può dubitarsi che tale attività sia inderogabilmente riservata alla cognizione del *plenum* dell'organo collegiale (TAR Lombardia, Brescia, 11.1.2000, n. 5; TAR Campania, Napoli, I, 9.1.2002, n. 168; TAR Lazio, III, 12.1.1994, n. 36).

Nel caso di specie non è stato chiarito in quale fase di avanzamento si trovassero i lavori dell'organo tecnico al momento della interruzione forzata per impedimento del Presidente. Se l'attività svolta fin a quel momento si fosse limitata da una mera attività conoscitiva e o istruttoria, la commissione con il nuovo Presidente, dopo aver constatato la regolarità della sua costituzione e l'assenza di incompatibilità, prenderà atto di quanto accaduto, rinnovando e facendo proprie le risultanze istruttorie già espletate (per esempio apertura plichi, verifica istruttoria requisiti imprese, ecc.).

Qualora la Commissione, nella sua precedente composizione avesse proceduto anche ad atti implicanti valutazioni discrezionali e decisorie (Per esempio: esclusione di partecipanti, attribuzione punteggi offerte, aggiudicazione... ecc.) allora la nuova commissione dovrà necessariamente disporre di un verbale di gara per le operazioni già effettuate, onde poter continuare e concludere i lavori interrotti. Il verbale di cui sopra potrà essere firmato anche dai soli commissari presenti e dal segretario della commissione medesima, senza per questo perdere la sua valenza giuridica. E' capitato, infatti, in altri casi analoghi a quello descritto dal quesito che il membro o il Presidente siano addirittura deceduti e quindi nella materiale impossibilità di sottoscrivere il verbale redatto a posteriori.

«.....GA.....»

4. LA VALUTAZIONE DEI REQUISITI

DOMANDA

Nella griglia di punteggi attribuibili per l'offerta tecnica recentemente stilata dalla scrivente amministrazione, in merito a gara per aggiudicazione servizi ristorazione scolastica, sono stati inseriti 4 punti max (su 60

complessivi) da attribuire proporzionalmente in base al possesso da parte della ditta partecipante di un centro cottura di emergenza (4 punti entro 10 km., 3 punti entro 20, 2 punti entro 30 km.) . Tale previsione è legittima o viene ad essere considerato "requisito soggettivo" e quindi non valutabile quale criterio di selezione dell'offerta?

RISPOSTA

Effettivamente il possesso da parte delle ditte concorrenti di un "centro cottura di emergenza", richiesto nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione di servizi di ristorazione scolastica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sembrerebbe di per sé denotare un requisito soggettivo di qualificazione che, come tale, doveva essere previsto non nella fase di attribuzione dei punteggi ma in quella precedente di ammissione dei concorrenti, e ciò in base al noto principio di giurisprudenza secondo il quale vanno sempre distinti i "requisiti di partecipazione" dai criteri di "valutazione delle offerte".

In sostanza secondo tale orientamento, infatti, mentre le caratteristiche soggettive del concorrente possono rilevare solo nella fase di selezione delle candidature, in sede di comparazione delle offerte e di aggiudicazione devono essere valutate esclusivamente le caratteristiche oggettive dell'offerta (cfr. tra le molte Corte Giustizia europea n. 532/06 del 24.1.08; 3584; TAR Campania Napoli, I, 14.7.06 n. 7517; TAR TAG n. 134/07; TAR Lazio III, 9328/05 ecc. V. anche Circ.Pres. Cons. Ministri 1.3.07; Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici parere 14.2.08 n. 37).

Ciò rilevato, va tuttavia osservato come tale principio sta subendo una significativa revisione in relazione specificatamente agli appalti di servizi affermandosi (cfr. CdS Sez. IV, n. 5808 del 27.11.08) che "... senza voler contestare il noto orientamento giurisprudenziale di derivazione comunitaria secondo cui, essendo la procedura di gara tesa a selezionare la migliore offerta e non il miglior offerente, il bando di gara non può duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai

fini dell'ammissione alla gara, non può però sottacersi che tale principio va applicato cum grano salis nelle procedure – come quella che occupa – relative ad appalti di servizi, in cui l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un facere che può essere valutata unicamente sulla base di criteri qualitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa”.

Anche nella più recente sentenza CdS V, 12.6.09 n. 3716 si è ammessa la possibilità di attribuire rilievo nella fase di assegnazione dei punteggi ad elementi che attengano “al profilo dell' “organizzazione” - con riguardo alla “struttura aziendale” ed alla “struttura organizzativa, logistica ed informatica proposta per l'appalto, ivi compresi i servizi integrati”, se ciò appare giustificato dalla “necessità di verificare il grado di affidabilità della parte aggiudicataria al fine di garantire l'efficienza del servizio”.

In sostanza un tale rilievo risulterebbe ammissibile quando gli “aspetti organizzativi non vengono considerati in quanto tali ma nella misura in cui garantiscono la prestazione del servizio secondo le modalità prospettate nell'offerta” (nella fattispecie la Commissione valutativa aveva considerato “l'assetto organizzativo-strutturale non in modo avulso, e quindi come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio, ossia come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta”.

In base a tale orientamento quindi “... il rischio di commistione (tra requisiti soggettivi e di valutazione dell'offerta) non deve essere enfatizzato sulla base di formulazioni astratte ma valutato in concreto tenendo conto di come, nell'ambito di appalti, quali quello oggetto del giudizio, avente ad oggetto non un progetto od un prodotto ma un facere, determinate caratteristiche dell'impresa possono fatalmente proiettarsi sulla consistenza dell'offerta (CdS, sez. VI, 9.6.2008, n. 2770”.

Dunque anche nel caso di specie, che riguarda un appalto di servizi, l'amministrazione potrà attentamente verificare, ai fini della risoluzione della problematica posta, se in concreto il possesso del centro cottura di emergenza sia stato considerato in sé e per sé quale mero requisito soggettivo ovvero o con più stretta connessione ed attinenza con l'offerta da presentare e cioè come elemento necessario ed utile per giudicare in ordine alla migliore effettuazione del servizio, sostanzialmente come circostanza influente le stesse caratteristiche oggettive dell'offerta.

«.....GA.....»

5. LA CAPACITÀ TECNICA

DOMANDA

In sede d'esame della documentazione per l'ammissione ad una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di gestione di un centro antiviolenza per donne e minori, è stato posto, da parte di alcuni commissari, il problema della mancata dimostrazione della capacità tecnica (art. 42 d. lgs. n. 163/2006). Col Centro antiviolenza per donne e minori in sostanza si vuole contrastare il fenomeno della violenza attraverso uno sportello d'ascolto, informazione e supporto alle vittime di violenza, ivi compresa una consulenza legale.

Il bando richiedeva l'elencazione di servizi analoghi a quello oggetto dell'appalto per un importo totale non inferiore a quello posto a base di gara.

L'impresa ha, a tal uopo, autocertificato l'esecuzione di servizi educativi alla persona, per un importo complessivo anche superiore a quello posto a base di gara.

Si tratta, in sintesi, di “Servizi educativi ai minori”, volti a prevenire il fenomeno della devianza minorile e a sostegno della famiglia, “Servizi di assistenza specialistica”, volti all'integrazione scolastica dell'alunno disabile e “Piani personalizzati l. 162/97”, volti al potenziamento dell'autonomia personale del disabile.

Poiché ho dei grossi dubbi in merito (e non ho ancora chiuso il verbale) vorrei avere il vostro parere in relazione alla possibilità o

meno di considerare analoghi i servizi elencati dall'impresa.

RISPOSTA

Il problema che sta alla base del quesito posto da codesta provincia è, in effetti, un problema diffuso. Esso si sostanzia sulla necessità di un'ampia salvaguardia dei diritti rispetto ai soggetti fruitori del servizio pubblico in tutte le fattispecie di affidamento esterno.

Una necessità che ha ricadute evidenti in sede empirica sia nei casi di accreditamento, sia in quelli di affidamento accreditato.

Il quesito, tuttavia, espone una situazione d'interpretazione di una condizione di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di gestione di un centro di antiviolenza per donne e minori, ed in particolare sul punto dell'elencazione di servizi analoghi a quello oggetto dell'appalto per un importo totale non inferiore a quello posto a base di gara.

Sotto il profilo del soddisfacimento della suddetta previsione del bando vi possono essere due situazioni soggettive da parte dei concorrenti:

a) si fornisce prova di avere gestito centri di antiviolenza per donne e minori per un importo totale non inferiore a quello posto a base di gara;

b) si fornisce prova di avere gestito servizi analoghi ai centri di antiviolenza per donne e minori per un importo totale non inferiore a quello posto a base di gara.

Per quanto attiene alla situazione di cui alla lett. a) non vi sono dubbi. Per quanto invece attiene alla lett. b) i dubbi stanno, per l'appunto, nei "servizi analoghi".

Il diritto e la giurisprudenza hanno una dimensione esegetica ampia sul requisito di "servizi analoghi", che va per l'appunto da una posizione restrittiva ad una estensiva, conferendo ampia accezione interpretativa all'amministrazione pubblica interessata, in particolare sotto il duplice aspetto:

- dell'interesse pubblico, che nella fattispecie concreta è dato da una prestazione adeguata allo scopo;

- dell'osservanza dei principi sull'equità, per l'appunto sotto il profilo della "par condicio". Ciò premesso e considerato relativamente alla specificità materiale del quesito, il concorrente all'affidamento del servizio non ha fornito la prova di avere gestito "centri di antiviolenza per donne e minori", ma di avere, invece, gestito "servizi educativi alla persona" (volti a prevenire il fenomeno della devianza minorile e a sostegno della famiglia), "servizi di assistenza specialistica" (volti all'integrazione scolastica dell'alunno disabile) e, infine "piani personalizzati l. 162/98" (volti al potenziamento dell'autonomia personale del disabile).

A nostro avviso non sembra potersi escludere la presenza di una "analogia" sul punto dei "servizi educativi alla persona" e dei "centri di antiviolenza per donne e minori", in quanto nella specie sarebbe notevolmente analogo lo scopo sul punto della "devianza minorile e sostegno della famiglia". Peraltro, come si è detto in apertura, assume peculiare importanza la previsione in punto di autorizzazione, in quanto richiesta, e di accreditamento (riferito alla presenza di persone dotate di professionalità qualificata, in strutture adeguate).

«.....GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, CIRCOLARE N. 1 DEL 19.3.2010: INVIO TELEMATICO DELL'ATTESTATO DI MALATTIA DALL'INPS ALL'AMMINISTRAZIONE DEL LAVORATORE

L'INPS mette a disposizione dei datori di lavoro le attestazioni di malattia relative ai certificati ricevuti, secondo le seguenti modalità:

a) mediante accesso diretto al sistema INPS tramite apposite credenziali che sono rese disponibili dall'INPS medesimo: entro 20 giorni dalla data della presente circolare, il datore di lavoro pubblico dovrà richiedere all'INPS le apposite credenziali di accesso secondo le modalità comunicate dall'INPS medesimo tramite il proprio sito istituzionale;

b) mediante invio alla casella di posta elettronica certificata indicata dal datore di lavoro: il datore di lavoro pubblico deve comunicare il proprio indirizzo di casella di posta elettronica certificata all'istituto nazionale di previdenza (INPS o INPDAP) che gestisce la posizione assicurativa dei propri dipendenti (ovvero ad entrambi nel caso in cui la singola amministrazione abbia dipendenti iscritti sia all'INPS che all'INPDAP), secondo tempi e modalità rese note dall'INPS e dall'INPDAP tramite i rispettivi siti istituzionali.

Previo assenso da parte del lavoratore, il datore dovrà inoltrare alla casella di posta elettronica nominativa, ovvero alla casella di posta elettronica certificata CEC-PAC, rilasciata dall'amministrazione al lavoratore medesimo, gli attestati di malattia ad esso relativi entro 24 ore dalla ricezione.

L'art. 55 septies del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, introdotto dall'art. 69 del d. lgs. 27.10.2009, n. 150, prevede che il certificato medico attestante l'assenza per malattia dei dipendenti

pubblici debba essere inviato, per via telematica, direttamente all'INPS dal medico o dalla struttura sanitaria pubblica che lo rilascia, secondo le modalità stabilite dalla normativa vigente per la trasmissione telematica dei certificati medici nel settore privato. Una volta ricevuto il certificato, l'INPS lo invia immediatamente, sempre per via telematica, all'amministrazione di appartenenza del lavoratore. In tale contesto, la circolare summenzionata intende fornire alcune indicazioni operative per l'attuazione delle nuove disposizioni (Red. Emanuele Riccardi).

«..... GA.....»

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, LA CIRCOLARE N. 1 DEL 19.3.2010: SANZIONI IN CASO DI INOSSERVANZA DEGLI OBBLIGHI DI TRASMISSIONE DEL CERTIFICATO PER VIA TELEMATICA

Con riferimento alla struttura dell'illecito disciplinare ascrivibile ai soggetti destinatari degli adempimenti, l'elemento materiale dell'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica va ravvisato in una condotta attiva, e cioè nella violazione delle prescrizioni (invio a soggetto diverso, invio in forma cartacea, invio di informazioni incomplete o errate, invio della certificazione con ingiustificato ritardo), ovvero nella totale omissione degli adempimenti richiesti (mancato invio). Sotto il profilo soggettivo, la colpa, secondo i tradizionali canoni dell'imperizia, della negligenza e dell'imprudenza, va verificata anche in relazione alla disponibilità e al funzionamento dei mezzi telematici richiesti.

Costituisce, ad esempio, ipotesi di inesigibilità e quindi di insussistenza dell'illecito disciplinare, l'invio non tempestivo della certifi-

cazione medica per temporanea interruzione della connessione internet.

In concreto, nell'irrogazione della sanzione si deve tener conto della gravità della violazione o omissione, nonché del grado della colpa in concreto accertate ed ascrivibili al soggetto obbligato, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza tra illecito e sanzione.

«..... GA.....»

LA PEC? UNA RIVOLUZIONE PER IL CITTADINO, UN OBBLIGO PER TUTTE LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione Renato Brunetta ha dato il via, lo scorso lunedì 26 aprile, al nuovo servizio di Posta Elettronica Certificata al cittadino che rivoluzionerà la comunicazione con la pubblica amministrazione. La Pec al cittadino è lo strumento che consente di inviare e ricevere messaggi di testo ed allegati con lo stesso valore legale di una raccomandata con avviso di ricevimento. In questo modo si può dialogare con tutti gli uffici della PA direttamente via e-mail senza dover più produrre copie di documentazione cartacea ma soprattutto senza doversi presentare personalmente agli sportelli. I benefici sono concreti e immediati, a cui si deve anche aggiungere il risparmio sulle spese di spedizione della raccomandata A/R.

Per richiedere l'attivazione del servizio di Posta Certificata al cittadino è sufficiente collegarsi al portale www.postacertificata.gov.it e seguire la procedura guidata che consente di inserire la richiesta in maniera semplice e veloce. Trascorse 24 ore dalla registrazione online (ed entro 3 mesi) ci si potrà quindi recare presso uno degli uffici postali abilitati per l'identificazione e la conseguente firma sul modulo di adesione. Il richiedente dovrà portar con sé un documento

di riconoscimento personale e uno comprovante il codice fiscale (codice fiscale in originale o tessera sanitaria). Bisogna inoltre portare anche una fotocopia di entrambi i documenti che dovranno essere consegnate all'ufficio postale. Pur essendo una casella di posta elettronica "come le altre", la Pec al cittadino è l'unica dedicata esclusivamente ai rapporti con la pubblica amministrazione. Per ulteriori informazioni: <http://www.innovazionepa.gov.it/lazione-del-ministro/iniziative-e-perimentazioni/sperimentazione-pec/pec-primo-piano.aspx>

«..... GA.....»

DIPARTIMENTO PER LA DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: CIRCOLARE N. 1/10: USO DELLA POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA NELLE AMMINISTRAZIONI

I riferimenti normativi ... sanciscono, dunque, chiaramente l'obbligo di utilizzo della posta elettronica da parte delle amministrazioni pubbliche con riferimento sia alla posta elettronica semplice, da utilizzarsi per le comunicazioni ordinarie interne alle amministrazioni e tra amministrazioni, sia a quella certificata, da prendere a modello per tutte le comunicazioni ufficiali da e verso i cittadini e le imprese.... Le stesse amministrazioni, in conseguenza del disposto relativo all'istituzione di almeno una casella di posta elettronica certificata per ciascun registro di protocollo, dovranno inoltre provvedere a collegare il sistema di protocollazione e gestione dei documenti a sistemi idonei a trasmettere e ricevere documenti sia mediante posta elettronica semplice che mediante la posta elettronica certificata.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LO *SPOILS SYSTEM* DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI
NELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

dell'Avv. Paolo Ermini

La Corte costituzionale con le sentenze nn. 34 e 81 del 2010 è tornata a definire i limiti di legittimità del sistema delle "spoliazioni" con riferimento agli incarichi conferiti in base al possesso di requisiti di competenza e professionalità ed a soggetti esterni alle amministrazioni

La C. cost, con le sentenze nn. 34 e 81 del 2010, torna a ribadire che se l'incarico dirigenziale presuppone competenza e professionalità e non è apicale non può operare lo *spoils system*.

Le pronunce non presentano contenuti di novità, tuttavia, offrono l'occasione per fare il punto sul cd. *spoils system* nel nostro ordinamento.

Tra i principi ispiratori della riforma del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni vi è l'esigenza di garantire l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Uno degli indici di percezione dell'efficienza amministrativa è rappresentato dalla realizzazione tempestiva degli impegni programmatici e di governo.

Al fine di privilegiare un rapporto stretto tra direzione politica e direzione amministrativa il legislatore è intervenuto sullo statuto del rapporto di lavoro del dirigente della PA sia innovando le procedure ed i contenuti della nomina dei dirigenti sia limitando l'autonomia della direzione amministrativa rispetto alle istanze di governo.

Il più incisivo meccanismo di condizionamento dell'azione amministrativa è rappresentato dal cd. *spoils system* che tende a determinare la sostanziale coincidenza tra la durata dell'incarico di direzione amministrativa con quella dell'organo politico che ha emanato il provvedimento di nomina.

Il meccanismo dello *spoils system*, di matrice anglosassone, è stato introdotto nel no-

stro ordinamento dalla l. n.145/2002, che novellando l'art.19, co. 8, del d. lgs. n.165/2001, ha previsto la cessazione delle funzioni dirigenziali decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo (cd. *spoils system* a regime).

Il regime della decadenza, nelle intenzioni del legislatore, concerneva tutti gli incarichi dirigenziali conferiti ai sensi dell'art. 19 l. n. 165/01, quindi gli incarichi cd. interni, conferiti al personale della stessa amministrazione, di altre amministrazioni e a persone esterne in possesso di comprovata professionalità.

Lo *spoils system* è stato adottato anche da alcuni legislatori regionali in riferimento alla dirigenza degli enti locali e delle amministrazioni che vi fanno riferimento.

V'è da aggiungere che le novelle che hanno modificato le disposizioni dell'art. 19 del d. lgs. 165/2001, nel senso di aumentare la platea dei cui attribuire incarichi di direzione, hanno altresì previsto ipotesi di decadenza automatica degli incarichi dirigenziali in atto qualora l'interessato non fosse stato confermato entro un determinato periodo di tempo dall'entrata in vigore delle disposizioni. (cfr. art.3, co. 7, l. n. 145/2002 e art. 2, co. 161, l.n.286/2006) introducendo così il cd. *spoils system* cd. transitorio.

Il sistema delle "spoglie", come sopra rilevato, se tende a garantire l'attuazione dei programmi attraverso la consentaneità tra la direzione amministrativa ed il vertice politico che gli ha conferito l'incarico, d'altro canto travolge ogni possibilità di valutazione ogget-

tiva dell'operato del dirigente.

In altri termini lo *spoils system* prevede un meccanismo di cessazione dell'incarico, la decadenza automatica, che si fonda esclusivamente su istanze di indirizzo politico, prescindendo dalle concorrenti esigenze di continuità amministrativa, buon andamento, imparzialità della PA e giusto procedimento.

La cessazione anticipata dell'incarico dirigenziale, svincolata dalla valutazione dei risultati conseguiti, pregiudica la continuità dell'azione amministrativa e lede le garanzie del giusto procedimento; ciò in patente conflitto con le finalità che hanno alimentato il legislatore delle riforme.

Invero, con la circ. del 31.7.2002 la Presidenza del consiglio dei Ministri sottolineava che la l. n. 145/02 aveva novellato le disposizioni della l. n. 165/01 (impropriamente nota come T.U. sul pubblico impiego) valorizzando: le attitudini e le capacità professionali del dirigente, i risultati ottenuti in relazione agli obiettivi fissati, la definizione dell'oggetto dell'incarico con riferimento alle priorità, la durata correlata agli obiettivi prefissati, la possibilità del conferimento a dirigenti non appartenenti alla stessa amministrazione.

La C. cost. è stata chiamata più volte a verificare la conformità costituzionale del meccanismo delle "spoliazioni".

Nei suoi primi interventi la Corte ha affermato che lo *spoils system*, ove riferito a figure dirigenziali non apicali, ovvero ad incarichi che non richiedono l'adesione agli orientamenti politici del titolare dell'organo che li conferisce, viola l'art. 97 della cost.¹

La C. cost. ha pertanto ritenuto legittime solo le disposizioni di legge che, in occasione dell'insediamento di un nuovo politico, prevedono la decadenza automatica solo dei titolari degli uffici di vertice nominati intuitu personae, di maggior coesione con l'organo politico, dunque gli incarichi di direzione generale, mentre ha dichiarato illegittime le stesse disposizioni se riferite a dirigenti non generali²

Con le due pronunce in rassegna la Corte

¹ C. cost. 103/07

² C. cost. sentenze nn. 233/06, 103/07, 104/07, 161/08, 351/08, 390/08).

costituzionale è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sui meccanismi di *spoils system*.

La sentenza n. 34 del 5.2.2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.1, co.1 e 4, della l. regione Calabria n. 12/05, nella parte in cui prevedeva la decadenza automatica dei direttori generali della ASL e dell'ARPACAL alla data della proclamazione del Presidente della giunta regionale.

La Corte richiamate le precedenti pronunce di illegittimità costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della l. regionale Calabria in riferimento all'art. 97 cost..

Invero la previsione della decadenza automatica di due incarichi dirigenziali, perché conferiti in funzione del possesso di requisiti di nomina di competenza e professionalità nonché, per quanto riguarda il direttore generale dell'ARPACAL, a seguito di procedura concorsuale, si pone in contrasto con i principi del giusto procedimento, di efficacia e di imparzialità dell'azione amministrativa.

Precisamente la previsione della decadenza automatica dei dirigenti non apicali in questione non si fonderebbe sulla valutazione oggettiva delle qualità e capacità professionali ed sui risultati conseguiti rispetto agli obiettivi e, per converso, impedirebbe agli interessati di conoscere le motivazioni della decisione e di partecipare al procedimento.

La sentenza n. 81 del 5.3.2010 torna a cassare l'art. 2, co. 161, del d.l. 262/06, convertito nella l. n. 286/06, che ha modificato l'art. 19 della l. n.165/01 in tema di conferimento di incarichi di direzione, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti a persone estranee alle amministrazioni statali - ma in possesso di particolare e comprovata qualificazione ed in possesso dei requisiti specificamente richiesti - cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto (cd. *spoils system* transitorio).

La Corte nella sentenza ribadisce quanto già affermato nelle precedenti pronunce n.103/07 e n.161/08, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 della l. n. 165/01, per contrasto con gli artt. 97 e 98 cost., rispettivamente nella parte in cui prevedeva la cessazione automatica degli

incarichi dirigenziali interni e degli incarichi conferiti al personale di altre amministrazioni. Nella sentenza in esame la Corte afferma che i principi di autonomia funzionale, del giusto procedimento, di buon andamento, di imparzialità e di continuità amministrativa valgono anche in riferimento al personale "esterno" incaricato di funzioni di direzione non generale.

Corre l'obbligo di dar conto del fatto che il sistema delle "spoliazioni" così come disegnato dalla C. cost. è stato integralmente re-

cepito dal legislatore.

La riforma Brunetta, infatti, ha operato un cambio di rotta rispetto alla previgente disciplina con riguardo alla sottoposizione allo *spoils system* degli incarichi dirigenziali non apicali. L'art. 40, co. 1 lett. g), del d. lgs. n. 150 del 2009, recependo gli indirizzi della C. cost., ha riscritto il co. 8 dell'art. 19 l. n. 165/01, escludendo dal regime dello *spoils system* gli incarichi non apicali conferiti a dirigenti di altre amministrazioni ovvero ad esterni a contratto.

«.....GA.....»

LO SCORRIMENTO DELLA GRADUTORIA DEI PUBBLICI CONCORSI: OBBLIGO O FACOLTA' PER LA PA?

dell'Avv. Domenico Tomassetti

Lo scorrimento di una graduatoria di un concorso pubblico e la questione relativa alla qualificazione della posizione giuridica degli idonei, con i consequenziali riflessi sulla giurisdizione, alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione

Il problema dello scorrimento delle graduatorie concorsuali nel pubblico impiego è stato, recentemente, oggetto di numerose pronunzie giurisprudenziali.

Gli orientamenti espressi dal Giudice Amministrativo (TAR e CdS) e dal Giudice Ordinario (in particolare la Suprema Corte di Cassazione), evidenziano l'esistenza di una dicotomia in relazione alla posizione giuridica soggettiva da riconoscere in capo al soggetto che, risultato idoneo non vincitore in una graduatoria di pubblico concorso, voglia ottenere l'assunzione allorchè si rendano vacanti ulteriori posti rispetto a quelli messi originariamente a bando.

Infatti, mentre il CdS in s.g. afferma che la situazione giuridica soggettiva del candidato idoneo non vincitore (in una graduatoria valida ed efficace) assume, in relazione allo scorrimento della stessa, la consistenza di mero interesse legittimo, avendo l'amministrazione la facoltà (e non già l'obbligo) di procedere, proprio col predetto scorrimento, alla copertura degli ulteriori posti resisi vacanti successivamente all'esaurirsi di ogni fase della procedura concorsuale, la Cass., al contrario, sostiene l'esistenza di una posizione di diritto soggettivo, proprio in virtù delle circostanze che si è esaurita ogni fase delle operazioni concorsuali e ci si trova in posizione paritetica nel rapporto contrattuale scaturente dal sinallagma bando di concorso (che costituisce la proposta contrattuale) domanda di partecipazione del candidato (che si configura quale accettazione).

Tale pariteticità del rapporto, pur ammettendo la più ampia libertà dell'amministrazione/datrice di lavoro nelle scelte organizzative (come è peculiarmente quella di assumere personale), genera al più, secondo la Cass., posizioni di interesse legittimo di diritto pri-

vato, comunque riconducibili, ai sensi dell'art. 2907 c.c., nella più generale categoria dei diritti soggettivi.

Apparentemente tale contrasto sembrerebbe insanabile e foriero di dubbi applicativi (soprattutto in ordine alla giurisdizione) nonché di una differente tutela, ottenibile a seconda del giudice adito.

In realtà, a ben vedere, il contrasto è risolvibile effettuando un esame completo della casistica giurisprudenziale.

Infatti, anche quando afferma che il candidato che sia risultato idoneo ad un concorso pubblico ha diritto soggettivo allo scorrimento alla graduatoria, il G.O. pretende che (i) il bando già disponga che per i nuovi posti resisi medio tempore vacanti si utilizzi la graduatoria valida oppure che (ii) l'amministrazione si determini in tal senso, anche successivamente all'approvazione della graduatoria¹.

Ne consegue che il candidato idoneo ha il diritto soggettivo allo scorrimento della graduatoria concorsuale se (i) il bando di concorso prevede esclusivamente tale possibilità per la copertura dei posti resisi vacanti nel periodo di vigenza della graduatoria (con ciò determinando un'obbligazione contrattuale); (ii) l'amministrazione, con proprio provvedimento successivo alla approvazione della graduatoria, si sia determinata a scorrere la stessa.

Ciò precisato, si tratta, quindi, di comprendere, in presenza di una graduatoria valida ed efficace, quale sia il margine di discrezionalità per l'amministrazione nella scelta di attingere ad essa ovvero di indire un nuovo concorso per la copertura dei posti resisi medio tempore vacanti (nel caso, ovviamente, il bando non preveda espressamente l'obbligo di

¹ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Lav, 21.12. 2007, n. 27126.

attingere alla graduatoria).

Orbene, anche il G.A. ha recentemente affermato che lo scorrimento della graduatoria, purchè valida ed efficace, costituisca un obbligo: *"in base ai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, posti e valorizzati dal d. lgs. n.29 del 1993 e dall'art.15, co. 7, del d.P.R. n.487 del 1994, nonché dagli artt. 13 e 39 della l. n.449 del 1997, dall'art.20 co.3 della l.n.488 del 1999 e dall'art.51 della l.n.388 del 2000, deve ritenersi che lo scorrimento di una graduatoria di concorso ancora valida ed efficace costituisca atto d'obbligo e non meramente discrezionale della PA"* ².

Tali pronunzie, però, sono ancora minoritarie posto che, recentemente, il CdS ha statuito che lo scorrimento della graduatoria sia una facoltà discrezionale per l'amministrazione, rispetto alla quale il candidato idoneo vanta esclusivamente un interesse legittimo al corretto esercizio della funzione amministrativa nell'ambito del pubblico impiego: *"la posizione vantata dal soggetto risultato idoneo in graduatoria, a seguito dell'espletamento di un pubblico concorso, non ha natura e consistenza di un diritto soggettivo, ma di mera aspettativa allo scorrimento della relativa graduatoria, essendo il c.d. scorrimento della graduatoria una facoltà eccezionale (e non un obbligo dell'amministrazione) e perciò espressione del suo ampio potere discrezionale"* ³.

In ogni caso, anche laddove non si rinvenga nello scorrimento della graduatoria un obbligo dell'amministrazione, ma (come sembra) piuttosto una mera facoltà espressiva di un potere discrezionale produttivo nella maggior parte dei casi di un interesse legittimo in capo al candidato idoneo, è pur sempre vero che in tal caso l'amministrazione, ove intenda coprire con nuova (ed onerosa) procedura concorsuale identici posti funzione già messi a bando e per la copertura dei quali esisterebbe una valida ed efficace graduatoria, è gravata di un obbligo motivazionale molto consistente, posto che deve essere esternare le

concrete ragioni di interesse pubblico che giustificano tale scelta, invece di quella sicuramente più economica, consistente nello scorrimento della graduatoria.

Infatti, è pacificamente ritenuto illegittimo, per contrasto con l'art. 3 della l. n. 241/1990, che sancisce l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa e lo svolgimento dei pubblici concorsi, il provvedimento con il quale l'amministrazione ha bandito un nuovo concorso senza tenere conto del risultato di una precedente ed omologa selezione e che non rechi l'esplicitazione delle ragioni del mancato previo scorrimento della precedente graduatoria.

Orbene, alla luce delle suesposte considerazioni emerge che - in assenza di precise condizioni legislative, di un esplicito provvedimento di scorrimento o di un'obbligazione contrattuale derivante dal bando di concorso - che impongano all'amministrazione di scorrere la graduatoria si da far sorgere in capo ad un candidato idoneo il diritto soggettivo all'assunzione, l'amministrazione ha una mera facoltà discrezionale di tipo autoritativo, cui soggiacciono solo posizioni di interesse legittimo.

Tale qualificazione della posizione giuridica del candidato idoneo produce conseguenze anche sul piano del riparto di giurisdizione.

Si avrà, infatti, secondo le regole generali del riparto fondato sul *petitum* sostanziale (ma anche *ope legis* ai sensi dell'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001), la giurisdizione del Giudice ordinario laddove la posizione fatta valere inerisca *"il diritto all'assunzione"* conseguente all'azione o omissione posta in essere dal datore di lavoro e successiva alla fase concorsuale, conclusa con l'approvazione della graduatoria; mentre si avrà la giurisdizione del Giudice Amministrativo ogni volta che venga in rilievo un atto amministrativo che autoritativamente neghi - ad esempio indicando un nuovo concorso per gli stessi posti - gli effetti della ancora valida ed efficace graduatoria concorsuale.

Infatti, in tale ultima ipotesi, l'idoneo in graduatoria farebbe valere una lesione da attività provvedimentoale la cui negazione costi-

² TAR Lazio, II, n.8742 ed 8743 del 15.9.2009, n.ri 8742 e 8743; *idem*, III-ter, 30.1.2003, n.536.

³ Cfr., *ex plurimis*, CdS, IV, 14.2.2008, n.509; *idem* 18.12.2009, n.8369).



tuisce il presupposto del suo diritto all'assunzione, ancora compreso in interesse legittimo.

Il contrasto è stato risolto dalla Cass. sez.un. in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del G.O., facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura

concorsuale, il diritto all'assunzione.

Ove, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'amministrazione di merito, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al G.A. ai sensi dell'art. 63, co. 4, del d. lgs. n.165/2001⁴.

⁴ Cass. sez.un. 18.6.2008, n.16527.

«.....GA.....»

SEGRETERI COMUNALI E PROVINCIALI E CCNL 2008: COMPETE IL CONGUAGLIO PER I DIRITTI DI SEGRE- TERIA

del Dott. Francesco Colacicco

Il CCNL dei segretari comunali e provinciali, sottoscritto il 7.3.2008 per il quadriennio normativo 2002-2005, ha rideterminato, per il biennio economico 2002-2003, gli stipendi tabellari in modo nuovo. Oltre ad incrementare quelli all'epoca vigenti, con le decorrenze e nelle misure lorde mensili previste, vi ha, difatti, inglobato, a far tempo dal 1.1.2002, l'indennità integrativa speciale, che ha così cessato di costituire componente a se stante della struttura retributiva e di essere perciò corrisposta quale voce autonoma del trattamento economico.

A tale soluzione, dettata da ovvie esigenze di semplificazione e di sistematizzazione dello stesso trattamento economico, si è potuto pervenire essenzialmente perché il valore, mensile e annuale, della indennità era uguale per tutti i segretari, quale che fosse la posizione di progressione economica di ciascuno.

Nel contratto di pari data, relativo al biennio economico 2004-2005, non si rinvenivano invece innovazioni di identico rilievo, tali non potendosi, per la verità, reputare quelle legate ai soli benefici economici introdotti su base mensile.

I nuovi stipendi tabellari annui, spettanti a regime ai segretari, a seconda della fascia professionale di appartenenza, hanno, tra l'altro, inciso, per espressa disposizione pattizia, anche sulla tredicesima mensilità, che, in quanto voce retributiva autonoma, si aggiunge al trattamento economico fondamentale; come pure si aggiungono tutte le altre voci della struttura retributiva non assorbite, tra le quali sono da ricomprendersi anche i diritti di segreteria, oltre naturalmente alla retribuzione individuale di anzianità e al maturato economico, peraltro confermati da entrambi i contratti collettivi nelle misure godute da ogni segretario.

In attuazione degli istituti a contenuto

normativo ed economico, gli enti, nei trenta giorni successivi alla stipulazione degli accordi, hanno corrisposto al segretario le competenze arretrate, inquadrandolo quindi con la aggiornata retribuzione annuale.

Ciò anche per poter correttamente determinare l'importo della tredicesima mensilità, che, come si vedrà, prescinde dalla decorrenza dei miglioramenti economici.

All'istituto, difatti, si applica ancora la disciplina pubblicistica, posto che la contrattazione collettiva non prevede nulla di più oltre al fatto che ai segretari compete una tredicesima mensilità da pagarsi nel mese di dicembre. Conseguentemente, comuni e province continuano a corrisponderla, tra il 10 e il 18 dicembre di ogni anno, nell'importo pari alla retribuzione, spettante per il mese di dicembre al segretario, e non già pari ad un dodicesimo dello stipendio, dal medesimo percepito nell'anno.

Nel computo vanno fatte rientrare le cosiddette voci retributive fisse, quali il trattamento stipendiale o tabellare (prima del conglobamento, anche la indennità integrativa speciale), l'acquisita retribuzione individuale di anzianità, la retribuzione di posizione, il maturato economico, ove spettante, e, per i segretari in convenzione, la retribuzione aggiuntiva.

La tredicesima compete per intero al segretario in servizio continuativo dal 1 gennaio; va, tuttavia, ragguagliata alla durata del servizio e corrisposta in ragione di un dodicesimo o di tanti trecentosessantacinquesimi, rispettivamente per i mesi o, nel caso di frazione di mese, per i giorni di servizio effettivamente prestato, calcolandola, in questa ultima ipotesi, con riferimento alla retribuzione goduta nel mese precedente a servizio intero.

La retribuzione globale annua aggiornata (retribuzione individuale per dodici mensilità

più tredicesima) va formalmente attribuita al segretario, che ne conserva appieno il godimento, per il periodo di validità degli accordi collettivi.

Gli effetti giuridici di questi decorrono, di norma, dal giorno successivo alla data di relativa stipulazione, per cessare con la sottoscrizione del nuovo contratto; proprio come le clausole contrattuali attinenti al trattamento economico, che conservano la propria efficacia anche dopo la scadenza naturale dell'accordo, in ragione essenzialmente del rilievo costituzionale assunto dalla retribuzione dovuta al lavoratore, che è considerata proporzionata e sufficiente solo quando sia pari a quella indicata nei contratti collettivi di lavoro.

Conseguentemente, agli istituti economici e normativi non può non applicarsi il principio generale della decorrenza o della retroattività, specialmente quando, come nel caso di specie, essa è prevista in modo esplicito. Pertanto, riguardando il quadriennio normativo 2002-2005 e i bienni economici 2002-2003 e 2004-2005, quei contratti producono effetto, sì, dal 7.3.2008 ma vanno applicati, in ogni caso, per ciascuno degli anni stessi, in mancanza oltretutto di norme specifiche di opposto contenuto.

La indicata retribuzione costituisce la base annua in rapporto alla quale, per l'art. 37, co. 3, del CCNL 2001, deve essere calcolato il "compenso per diritti di segreteria"; essa si identifica, altresì, con lo "stipendio in godimento" di cui all'art. 41, co. 4, della l. 11.7.1980, n. 312.

Con questa locuzione, la norma ha indicato il trattamento economico annuo, che, con formale provvedimento, è attribuito, quindi spetta, al segretario, che ne gode a pieno titolo fino a quando non venga modificato. "Tutte le disposizioni della l. n. 312 del 1980, nelle quali si usa il termine *stipendio*, si riferiscono alla retribuzione tabellare annuale senza alcun riferimento alla retribuzione percepita in relazione all'attività di servizio effettivamente prestata¹

Nell'espressione stipendio in godimento

¹ CdS, I, 22.2. 1989, n. 2407/88, in "Diritti di segreteria e di rogito" DI F. COLACICCO, Maggioli Editore, Rimini, 2009, pag. 146.

deve inoltre "considerarsi indicata la retribuzione omnicomprensiva così come determinata nell'art. 50, ultimo comma, della l. 11.7.1980 n. 312 (...)" e deve, "pertanto, ritenersi che nel citato art. 41 della l.n. 312/80 sia fatto riferimento alla retribuzione annua e non a quella mensile". Ne deriva che la parola *stipendio* contenuta nella norma "deve essere interpretata come stipendio annuo e, quindi, come retribuzione teorica e non come retribuzione effettivamente percepita e ragguagliata al periodo di servizio prestato"².

Quando i miglioramenti intervengano, come nel caso in esame, a contratto scaduto, al segretario va riconosciuto anche il conguaglio dei diritti di segreteria, con il limite, in ogni caso non superabile, costituito dal 75% del provento di competenza dell'ente, relativamente ad ogni anno.

Questo limite, di natura oggettiva, è, al tempo stesso, anche modalità unica per la corretta liquidazione di quegli emolumenti, che, esclusivamente in sede di effettiva attribuzione, possono incontrare un altro limite, questa volta di natura soggettiva, quale quello costituito dal terzo dello stipendio in godimento del segretario rogante.

In conclusione, a questi competono, vanno quindi liquidati, a titolo di compartecipazione, i compensi per diritti di rogito in misura pari al 75% della quota dell'ente; i relativi importi gli vanno tuttavia corrisposti o pagati in quella misura fino a quando però non si raggiunga il terzo della retribuzione annua teoricamente spettantegli e non già di quella effettivamente percepita per il periodo di servizio prestato.

La funzione del conguaglio è difatti quella di adeguare quel tetto massimo alla retribuzione corrente su base annua, ovviamente, tutte le volte che, quale che sia la decorrenza, essa muti per effetto di incrementi contrattuali. Per cui, se questi sono, come per il 2005, accordati da data diversa e successiva al 1 gennaio, la retribuzione teorica da prendere in considerazione, per l'intero anno di riferimento, è costituita dal trattamento mensile "nuovo", calcolato su dodici mensilità, più la

² CdS, V, 18.4.1996, n. 441, in *op. cit.*, pagg. 161 e 162.

tredicesima.

Per il M.ro dell'economia e delle finanze (dipartimento R.G.S., parere n. 126434 del 2.3.2009), però, *“non appare praticabile – in quanto non in linea con il vigente quadro normativo e contrattuale – l'ipotesi di ricalcolare le spettanze dovute al Segretario (...) per attività rogatoria a seguito degli incrementi retributivi contrattuali, scaturenti dalla sottoscrizione dei nuovi CCNL nazionali di categoria”*.

Fonda, il M.E.F., il suo convincimento sul fatto che *“il tenore letterale dell'art. 4, co. 1, e dell'art. 3, co.1, dei contratti stipulati in data 7.3.2008, attraverso una elencazione tassativa delle voci che sono interessate dall'incremento degli stipendi tabellari, non fa infatti alcun riferimento alla tematica dei diritti di rogito”*.

Supportato da una motivazione, che non sembra tener conto del modo in cui è strutturata la contrattazione nel suo complesso, il parere non è però di per sé punto convincente. Invero, negare il ricalcolo di quanto dovuto al segretario rogante a titolo di conguaglio, sol perché dei diritti non si fa menzione nelle disposizioni concernenti le voci, sulle quali hanno effetto i nuovi stipendi, è come dire che giuridicamente non rileva il particolare che quelle disposizioni riproducono, alla lettera, l'art. 40 del CCNL 2001, che non tratta affatto dei diritti di segreteria; e che inoltre è consentito disapplicare, con il conforto di autorevole parere, il richiamato art. 37, co.3, dello stesso CCNL, la cui disciplina, insieme ad altre, è stata oltretutto confermata esplicitamente dall'accordo per il biennio economico 2002-2003 (art. 6) e da quello per il biennio economico 2004-2005 (art. 6).

Il CCNL 2001, come si ricorderà, stabilisce che i diritti di segreteria fanno parte della struttura retributiva e che, per determinare il relativo compenso, vanno prese in considerazione tutte le altre componenti, fatte eccezio-

ne per la retribuzione di risultato. D'altro canto, se il nuovo accordo fosse stato sottoscritto tempestivamente e comunque prima della scadenza di quello, non si vede chi mai avrebbe potuto impedire ciò che ora non è consentito fare.

Perciò, è forse errato sostenere non essere corretto *“intervenire in termini modificativi con riferimento ad una vicenda – la remunerazione dell'attività rogatoria dei segretari – già definita in modo compiuto, avuto riguardo alla remunerazione corrisposta al momento dello svolgimento della suddetta attività”* (Mef, parere cit.).

Ciò si sarebbe, semmai, potuto sostenere solo se i due accordi avessero espressamente escluso i diritti di segreteria dall'applicazione delle nuove misure degli stipendi tabellari, come, d'altronde, è avvenuto per il congelamento dell'indennità integrativa speciale, che *“non produce effetti diretti o indiretti sul trattamento complessivo fruito dal personale inviato a prestare servizio all'estero in base alle vigenti disposizioni”* (art.3,co.2, secondo periodo, b.e. 2002-2003).

Non v'è dubbio, difatti, che una norma, legislativa o pattizia, perde di efficacia, a tempo o a titolo definitivo, solo se a stabilirlo sia un atto di pari forza.

Anche per le quote dei diritti di rogito, non attribuite tempestivamente, sono dovuti gli interessi legali e la rivalutazione monetaria. In proposito, non rilevano le cause del ritardo, con cui si è proceduto alla relativa corresponsione; è viceversa determinante che il credito sia stato soddisfatto in epoca successiva al momento della sua maturazione per circostanze non imputabili al lavoratore.

Frattanto, determinando, i maggiori esborisi, un sicuro danno all'erario, sarà interessante verificare il grado di attenzione riservato a pareri del tipo ricordato in un eventuale giudizio per l'accertamento delle connesse responsabilità.

«.....GA.....»

I DIRITTI DI SEGRETERIA. QUALE QUOTA COMPETE AL SEGRETARIO ROGANTE

del Dott. Francesco Colacicco

Il CCNL 2001 ha risolto, in maniera inequivoca, la questione inerente al significato dell'espressione "*stipendio in godimento*", là dove dispone che, per il calcolo del compenso per diritti di segreteria, sono da considerare le sole voci fisse, che compongono la struttura della retribuzione annua dei segretari comunali e provinciali, e la tredicesima mensilità, ma non pure la retribuzione di risultato, che, spettando esclusivamente in caso di raggiungimento di obiettivi dati, non presenta i caratteri della continuità (art. 37).

L'accordo per l'area delle qualifiche del comparto regioni – autonomie locali ha riproposto però il problema allorché da alcuni si è preteso di estendere, ai segretari, il trattamento dei vicesegretari non dirigenti, in conformità alla disciplina di cui all'art. 11 del CCNL 9.5.2006. A meno di non voler sovvertire le regole della contrattazione collettiva nel pubblico impiego, la disposizione, vincolando esclusivamente quest'ultima categoria, non è, in ogni caso, applicabile in ambiti diversi.

Nondimeno, quell'orientamento, per quanto privo di ogni supporto logico e giuridico, è stato avallato, in qualche misura, dalla stessa Corte dei Conti – sezione delle autonomie quando è stata chiamata a far conoscere se, per la determinazione delle quote dei diritti spettanti al segretario rogante, si debba tener conto dello stipendio teorico annuo ovvero di quello ragguagliato alla durata del servizio prestato. Il suo intervento (deliberazione n. 15/AUT/2008 del 28.11.2008) non può tuttavia essere condiviso, per una serie di ragioni, a partire da quelle addotte per dichiarare l'ammissibilità di richiesta di parere, che le era stata avanzata.

La Sezione, in ordine a ciò, ha affermato che, incidendo direttamente sugli equilibri dei bilanci degli enti e dovendosene pertanto valutare la compatibilità nell'ambito della contabilità pubblica, l'onere per quei compensi

va costantemente monitorato, al fine del contenimento della spesa pubblica, ed esattamente quantificato in sede di impostazione degli stessi documenti contabili, al fine di correlarvi "*previsioni di sufficienti entrate*". Sotto questi aspetti, le sue conclusioni non sembrano essere coerenti con il sistema, poiché portano, sostanzialmente, alla disapplicazione della norma (art. 41. co. 4, della l. n. 312/1980), che disciplina la materia dei diritti di segreteria; e che, mentre individua la procedura, rigida, per l'attribuzione di quei compensi, detta anche, quantunque non esplicitamente, le regole per l'allocazione delle somme in bilancio.

Per tali regole, la previsione delle poste passive, al contrario di quel che avviene per le altre partite, va fatta con riferimento e comunque dopo la definizione delle poste attive, che, in quanto alimentate da tasse di scopo, costituiscono delle vere e proprie entrate a specifica destinazione.

Il cui importo stimato va, difatti, rigidamente impiegato per finanziare il fondo riservato all'Agas, quanto al 10%, nonché le quote per il segretario rogante, nella misura del 75% del provento spettante all'ente.

Solo la residua somma (25% del 90%), non essendo vincolata, può essere utilizzata per l'indistinto finanziamento di altre spese correnti.

I diritti di rogito, peraltro, "*si deve ritenere non debbano essere compresi nelle spese di personale di cui ai commi 557 e 561*" della l. 27.12.2006, n. 296 (legge finanziaria 2007). "*Si tratta, infatti, di compensi pagati con fondi che si autoalimentano con i frutti dell'attività svolta dai dipendenti e, di conseguenza, non comportano un effettivo aumento di spesa*". "*Per i diritti di rogito, spettanti ai segretari comunali (e, ovviamente, ai segretari provinciali), ciò è di palmare evidenza, in quanto detti diritti sono pagati dai terzi inte-*

ressati dall'attività in questione".¹

Pure nel merito il detto parere non sembra presentare profili di condivisione. Ritiene la Corte che, al segretario rogante, competano quote di quei diritti nella misura di un terzo della retribuzione annua, tenendo strettamente conto del periodo di servizio effettivamente prestato. Ciò in applicazione dell'art. 41, quarto comma, della l. n. 312/1980, con il quale il legislatore ha inteso riconoscere, per l'esercizio della funzione di pubblico accertamento, un compenso a parte, che varierebbe a seconda che la "prestazione ordinaria di lavoro" copra un intero anno o frazione di questo. Nella prima ipotesi, la misura sarà pari al massimo conseguibile, vale a dire a un terzo dello stipendio annuo, che si riduce, nell'altro caso, ad un terzo della retribuzione spettante per il periodo in cui la normale attività lavorativa sia stata in concreto svolta.

In questo modo, viene assicurata, sempre secondo quel parere, "una spendita di risorse (...) finalizzata alla produzione di un servizio pubblico", in sintonia con il principio di buon andamento della PA di cui all'art. 97 cost., che si concretizza nel rispetto delle regole di sana gestione finanziaria e quindi anche della regola, per la quale sono da evitare aggravii di spese non correlati al conseguimento di una utilità dell'ente. Al contrario quindi di quanto accadrebbe se, al segretario cessato e a quello subentrato, per l'attività di ufficiale rogante da entrambi svolta nel medesimo anno, dovessero riconoscersi quote dei diritti pari al terzo dello stipendio teorico annuo di ciascuno; in tale evenienza, la spesa derivante sarebbe superiore addirittura di due volte a quella normale.

La Corte sostiene, altresì, che il compenso di che trattasi, se rapportato all'intera retribuzione annua e non a quella relativa al periodo di effettivo servizio, oltre a porsi in contrasto con il principio introdotto dall'art. 36 cost. sul diritto del lavoratore ad una prestazione proporzionata alla "quantità" (e qualità) del suo lavoro, si concretizzerebbe in una ingiustifi-

cata elargizione monetaria. Oltretutto perché "stipendio in godimento" sta a significare trattamento economico "goduto", in quanto maturato non astrattamente ma a seguito ed in virtù del servizio prestato.

Ma forse non è proprio così, dal momento che stipendio in godimento e stipendio goduto, letteralmente, non possono significare la medesima cosa. Infatti, la prima locuzione esprime, evidentemente, un'azione ancora attuale, riferita ad un diritto da fruire o, al più, in corso di fruizione, mentre l'altra fa chiaramente riferimento ad un'azione definita e compiuta nonché ad una situazione consumata nel tempo e ad un diritto fruito. Peraltro né la norma di cui all'art. 41, co. 4, della l. n. 312/1980 né quella di cui all'art. 37, co. 3 del CCNL 2001 contengono un solo elemento che, in qualche misura, accrediti un'interpretazione favorevole alla temporizzazione dello stipendio.

Quella disciplinata dal citato art. 41, co. 4, è dunque, nel silenzio della contrattazione collettiva, la sola modalità conosciuta dall'ordinamento per il riparto dei diritti di segreteria, che perciò sono, ancora oggi, dovuti al segretario rogante nella misura del 75% della quota (90% del gettito complessivo) spettante a comuni e province sui proventi per gli atti dal medesimo ricevuti.

Tale misura rappresenta, al tempo stesso, un limite inderogabile, di natura oggettiva, alla spesa a carico degli enti per ciascun ufficiale rogante, al punto che ad essi è fatto divieto di caricarsi di ulteriori oneri, anche quando questi non eccedano l'ammontare di quei proventi nonché della posta iscritta in bilancio. La consistenza di questa va, difatti, determinata non in rapporto allo stipendio annuo del segretario ma, come già detto, in proporzione alla somma prevista in entrata per i medesimi diritti. Di conseguenza, il relativo stanziamento può essere per intero utilizzato qualora, in una stessa sede e nel corso di uno stesso anno, si susseguano più segretari, purché però essi non abbiano, negli enti di provenienza, conseguito il compenso massimo consentito e sia sufficiente il gettito dei diritti per gli atti da loro rogati e autenticati.

Gli emolumenti di cui trattasi, liquidati nella misura sopra indicata, debbono essere

¹ Corte dei Conti-Sezione delle Autonomie, deliberazione 9 novembre 2009, n. 16, avente ad oggetto: *Spese per il personale - Incentivi per la progettazione interna, diritti di rogito dei segretari comunali e incentivi per il recupero dell'ICI.*

corrisposti, integralmente ed anche in unica soluzione, al segretario, fino alla concorrenza del terzo del suo stipendio annuo in godimento, senza che su ciò possa minimamente influire la durata del rapporto di servizio. Tale importo rileva, come è evidente, anche quale limite, soggettivo e personale, alle spettanze del segretario, che, una volta che le abbia per intero acquisite, continuerà, se in servizio, a prestare, nell'anno, la sua opera nella stessa sede o anche in altre, senza però aver titolo ad ulteriori compensi.

In mancanza di una disposizione, che avvalorati una diversa conclusione, per stipendio in godimento deve intendersi la retribuzione teorica, che, per contratto, compete annualmente al segretario, e non già quella dal medesimo percepita o goduta nel periodo di servizio, durante il quale quegli emolumenti gli vanno riconosciuti. Non avesse voluto questo, il legislatore del 1980 ben avrebbe potuto far rivivere gli abrogati terzo e quarto comma dell'art. 40 della l. 8.6.1962, n. 604, evitando pertanto di disciplinare, come in realtà ha fatto, la materia in modo del tutto nuovo.

Se, quindi, la norma menzionata non si presta ad altra e diversa lettura, al segretario deve essere attribuito il massimo delle spettanze, in qualsiasi momento e, perché no, persino agli inizi d'anno, ferme restando le condizioni sopra esposte.

Svolgimento delle funzioni di pubblica fede e congruità del gettito dei diritti sono, a ben vedere, i soli presupposti di fatto e di diritto, che si richiedono per poter correttamente operare nel senso qui delineato. La durata del rapporto di servizio non rileva dunque ad alcun fine.

Il compenso per i diritti di segreteria ha natura totalmente diversa dal trattamento economico fondamentale e non può essere con questo confuso; spetta al segretario a ristoro esclusivo tanto della specifica attività, che di volta in volta è chiamato a svolgere e che attiene a funzioni di norma non riconducibili al pubblico impiego, quanto delle particolari responsabilità, che gli derivano dall'esercizio di queste. Il suo contenimento deve essere pertanto visto non come volontà del legislatore di ancorarne l'importo alla durata del servizio effettivamente prestato bensì come intento di

impedire che la retribuzione annua dei segretari - roganti, beninteso - possa essere incrementata in misura tale da violare gli stessi principi di omogeneizzazione e di onnicomprensività dello stipendio introdotti dalla l. n. 312/1980.

Le competenze del segretario rogante, per la proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, debbono essere quindi valutate in rapporto alla delicatezza, all'entità ed alla consistenza dei contratti e degli atti ricevuti ed alle responsabilità connesse allo svolgimento delle relative funzioni, e non in rapporto alla effettiva durata della prestazione lavorativa.

Le conclusioni, che precedono, oltre ad essere confortate dalla dottrina, sono in linea con il parere del Consiglio di Stato (Sez. I, 22.2.1989, n. 2407) e con non pochi contributi della giurisprudenza amministrativa².

La temporizzazione del compenso non è testualmente sancita dalla l. n. 312/1980, al contrario di quanto previsto dall'art. 41 della l. n. 604/1962, che poneva il limite a chiare lettere. Questo limite peraltro non può desumersi nemmeno in via interpretativa come fa la IV Sezione del Consiglio di Stato, che "*si fa carico di possibili aggravii di spesa per l'ente locale, in dipendenza del pagamento integrale dei diritti a più segretari che si succedano durante l'anno*". Il pagamento dei diritti di rogito in relazione all'effettiva prestazione di servizio non si concilia con la *voluntas legis*, di talché la parola stipendio in godimento, usata nella legge, non può essere intesa come stipendio mensile ma va riferita allo stipendio annuo. E' perciò del tutto legittima la liquidazione dei diritti di rogito nella misura del 75% della quota spettante all'ente e per l'ammontare corrispondente ad un terzo dello stipendio annuo in godimento, disposta a favore di un segretario collocato a riposto nel corso dell'anno (TAR Lazio - Sez. I *ter*, 10.2.1990, n. 175/90).

Non è condivisibile la tesi di cui alla decisione della Sezione IV n. 733/1989, per la quale l'espressione "*stipendio in godimento*" va interpretata quale stipendio dovuto al di-

² Colacicco F., *Diritti di segreteria e di rogito*, Maggioni Editore, Rimini, 2009, in appendice pagg. 149 e segg.

pendente per l'anno solare e non quale stipendio tabellare annuo. Pertanto, il riferimento, per il calcolo per i diritti di rogito, allo stipendio mensile e non a quello annuale teorico è riduttivo e non previsto dalle legge, che, se avesse voluto, lo avrebbe dovuto espressamente specificare. La compartecipazione, riguardando esclusivamente i diritti di rogito, conseguenti alla specifica attività rogante del segretario, deve essere dunque svincolata dal periodo di permanenza del medesimo in una data sede (CdS, V, 18.4.1996, n. 441).

La determinazione del limite di un terzo dello stipendio in godimento va fatta con riferimento allo stipendio tabellare annuo e non a quello mensile, perché, in proposito, non rileva l'effettivo periodo di permanenza del segretario in una stessa sede. Il riferimento allo

stipendio mensile è un limite non previsto dalla legge.

L'art. 41, co. 4, della l. n. 312/1980 non contiene alcun riferimento alla retribuzione in dodicesimi percepita dal dipendente in un dato periodo dell'anno, al contrario di quanto prevedeva l'art. 41 della l. 8.6.1962 n. 604. L'espressione "*stipendio in godimento*" deve, in definitiva, essere intesa quale retribuzione teorica spettante al segretario e non quale retribuzione effettivamente percepita e raggugliata al periodo di servizio prestato. E' pertanto illegittima la liquidazione dei diritti di rogito nella misura di un terzo della retribuzione mensile percepita per il primo (dicembre 1987) ed ultimo mese (gennaio 1992) di servizio (TAR Piemonte, I, 19.12.2005, n. 4093/05).

«.....GA.....»

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA NEL CASO DI AFFIDAMENTO DI UN SERVIZIO PUBBLICO A SOGGETTO ESTRANEO ALLA PA E NEL CASO DI SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. LA GIURISDIZIONE CONTABILE

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Il rapporto di servizio tra un ente pubblico e una società privata per effetto dell'affidamento a questa, da parte del primo, della gestione di determinati servizi, comporta l'assoggettamento alla giurisdizione contabile della Corte dei Conti. Entro quali limiti sussiste la responsabilità amministrativa e, quindi, la giurisdizione contabile, nel caso in cui il soggetto esterno sia una società di diritto privato ma partecipata da un Ente pubblico? Le recenti ed innovative pronunce della Corte di Cassazione.

Quando un ente pubblico conferisce ad un soggetto privato estraneo alla amministrazione, l'incarico di svolgere continuativamente una attività in favore della medesima PA, si configura un rapporto di servizio.

Da ciò consegue che il soggetto privato venga, di fatto, funzionalmente inserito nell'organizzazione del medesimo ente pubblico.

Il conferimento e l'effettivo svolgimento, da parte di una società privata, delle funzioni istituzionalmente spettanti all'Ente pubblico, costituiscono l'elemento caratterizzante la configurabilità di un rapporto di servizio, idoneo a legittimare l'intervento della magistratura contabile in caso di danno erariale che l'Ente dovesse subire.

E' questa la innovativa interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione, resa con ordinanza 3.7.2009, n. 15599, con riferimento al caso di una convenzione stipulata tra una S.p.a. e l'Inpdap per la gestione tecnica e locativa del patrimonio immobiliare del medesimo Istituto di Milano e provincia.

Per effetto di un procedimento penale a carico del direttore generale dell'Inpdap per turbativa d'asta e corruzione propria in concorso (procedimento conclusosi con sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.), la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti meneghina ha addebitato al medesimo dirigente il 50% dei danni complessivamente subiti

dall'Inpdap.

Successivamente, la procura regionale della Corte dei Conti ha convenuto in giudizio la Società contraente per rispondere, a sua volta, dei danni causati all'Inpdap per la esecuzione dei lavori appaltati (dalla prima ad altra Spa), attraverso procedure irregolari e con la violazione sia delle norme contrattuali che di quelle regolamentari interne all'Inpdap.

La Spa contraente dell'istituto ha contestato la richiesta risarcitoria, ritenendo che la Corte dei Conti non avesse la competenza per chiedere la condanna al pagamento a favore dell'Inpdap, sia perché l'appalto di servizi aveva ad oggetto complesse attività di natura esclusivamente privatistica (gestione contratti di locazione, gestione tecnica degli immobili, amministrazione degli stabili etc) estranee ai fini istituzionali dell'Istituto, sia per la inesistenza di un rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico.

La Cassazione, con la richiamata ordinanza, ha affermato, invece, la competenza della giurisdizione contabile e, per l'effetto, la estensione della responsabilità amministrativa anche alla Spa per il solo fatto di rivestire una "(...) *posizione di attivo partecipante dell'attività amministrativa dell'ente pubblico proponente*". Venendo così in rilievo, per la corretta determinazione della giurisdizione (ordinaria o contabile), non più la "qualità" del soggetto quanto piuttosto la "natura" del

danno e gli scopi perseguiti a prescindere, si ripete, dallo strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto.

Si è appena visto come il danno derivato alla PA dall'affidamento di un servizio pubblico ad un soggetto esterno alla medesima PA, sia di competenza della giurisdizione contabile.

Un problema si pone nella ipotesi in cui la illecita attività gestionale provenga sempre da un soggetto esterno alla PA, nella persona di un amministratore o dipendente di una società di diritto privato il cui capitale sociale sia, però, alimentato anche da conferimenti dello Stato o di altro ente pubblico.

Cass. s.u. 19.12.2009, n. 26806, in relazione a condotte illecite, penalmente accertate, degli amministratori di Enel Power Spa ed Enel Distribuzione Spa - per aver concordato ed accettato tangenti tese a favorire le imprese costruttrici nell'aggiudicazione e successiva gestione di appalti in danno di società pubbliche - ha operato un distinguo davvero innovativo.

E' stata riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario (invece di quella contabile) per la cognizione dei danni cagionati al patrimonio della società conseguentemente a comportamenti illegittimi imputabili agli organi delle società a partecipazione pubblica, dai quali sia scaturito un danno per il socio pubblico.

Questo in considerazione del fatto che, per i danni sociali, il risarcimento compete solo alla società di guisa che anche il ristoro sia destinato a realizzarsi nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio.

“Il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale non implica un danno erariale ma, unicamente, un danno sofferto da un soggetto privato (la società) e riferibile al patrimonio appartenente solo a quel soggetto e non ai singoli soci – pubblici e/o privati – che sono titolari delle rispettive quote di partecipazione e i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale” (Cass. s.u., cit.).

Residua pertanto al Giudice contabile la cognizione solo per:

- il danno d'immagine, subito dall'Ente

pubblico per la sua partecipazione strumentale al perseguimento di finalità pubbliche con l'impiego di pubbliche risorse, all'interno di una compagine sociale ove si siano perpetrati comportamenti illegittimi penalmente accertati e dichiarati;

- il danno indiretto, conseguente al mancato esperimento, da parte della PA, dell'azione sociale di responsabilità.

Ed infatti, premesso che secondo quanto prevede il codice civile, la *mala gestio* imputabile agli organi della società può essere contestata non più solo dall'assemblea (*recte*, dalla maggioranza dei soci) ma anche da una minoranza qualificata dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393 *bis*, c.c.) ovvero, addirittura, da un singolo socio di una srl (art. 2476, co. 3, c.c.), anche il socio pubblico, in una società a partecipazione pubblica come nel caso in commento, è in grado di tutelare i propri interessi sociali mediante l'esercizio della azione civile.

Se non lo fa e “(...) *in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico subisce un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, il procuratore contabile deve agire nei confronti del rappresentante dell'ente partecipante (o di chi era titolare del potere di decidere per esso)*” (Cass., s.u., cit.).

Il discrimine operato dalla decisione 26806/2009 in rassegna, rappresenta una innovativa inversione di tendenza rispetto al pregresso orientamento.

Si osserva come tale orientamento sia stato, peraltro, recentemente ribadito dalla Cassazione con ord. 22.12.2009, n. 27092, ove è stata riconosciuta la giurisdizione contabile in ordine alle azioni di responsabilità amministrativa esercitata per ottenere il risarcimento dei danni cagionati nei confronti dei componenti del CdA della RAI a seguito della illegittima nomina del direttore generale.

Ed infatti la Spa Rai, “(...) *nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni*” è un ente comunque assimilabile ad una amministrazione pubblica, per essere concessionaria di un servizio pubblico radio-televisivo, soggetta ai poteri di vigilanza di una Commissione parlamentare, destinataria di un canone di abbonamento avente natura



tributaria, tenuta, quale organismo di diritto pubblico, all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti. Da qui, come detto, competenza della Corte dei Conti per i danni lamentati, ma non per la declaratoria di nullità dei contratti asseritamente dannosi.

Il susseguirsi delle surrichiamate decisioni della Corte di legittimità sui limiti della giuri-

sdizione della Corte dei Conti, è la conseguenza della mancanza di una legislazione dirimente, in un momento storico in cui la PA opera sempre più frequentemente in ambiti tipicamente privatistici, al di fuori del regolamento di contabilità dello Stato, con affidamento a soggetti privati dei compiti per la realizzazione di finalità una volta ritenuta di esclusiva pertinenza degli organi pubblici.

«.....GA.....»

IL DEMANSIONAMENTO NEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA. LA TUTELA RISARCITORIA

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Nel rapporto di pubblico impiego, il d. lgs. 165/2001 prevede che dall'esercizio di fatto, da parte del dipendente, di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza, non consegua il diritto al suo inquadramento o alla assegnazione degli incarichi di direzione. E, d'altro canto, il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista nei contratti collettivi.

Conseguentemente, il datore di lavoro pubblico, pur munito degli strumenti tipici del rapporto di lavoro privato, deve organizzare il lavoro in ossequio ai vincoli strutturali di conformazione del pubblico interesse e di compatibilità finanziaria generale.

Il concetto di equivalenza "formale" delle mansioni, ancorato, come detto, ad una valutazione demandata ai contratti collettivi (e, per questo, non sindacabile dal giudice), si risolve in uno schematismo tale per cui tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili.

L'assegnazione del lavoratore, da parte del datore di lavoro, a mansioni equivalenti, costituisce atto di esercizio del potere determinativo dell'oggetto del contratto di lavoro.

Questo in termini generali.

In realtà, il concetto di equivalenza "formale" delle mansioni non esime il datore di lavoro dal rispetto del corretto esercizio dello ius variandi orizzontale limitato, come detto, dal principio di equivalenza delle mansioni.

In altri termini, non basta che le nuove mansioni assegnate al lavoratore siano previste nel livello contrattuale cui appartiene il dipendente, essendo invece necessario verificare che le nuove mansioni siano equivalenti a quelle in precedenza assegnate e corrispondenti alle specifiche competenze tecniche del

dipendente. Questo per tutelare il diritto del lavoratore all'utilizzazione, al perfezionamento ed all'accrescimento del proprio corredo di nozioni e di esperienza acquisita nella fase pregressa del rapporto.

In buona sostanza, il concetto di "(...) *equivalenza formale delle mansioni nel pubblico impiego ... non può essere ampliato ed estremizzato al punto da consentire sostanzialmente lo svuotamento pressoché totale della attività lavorativa (...)*"¹.

E' pertanto illegittimo il demansionamento del lavoratore allorché questi venga privato di tutte le funzioni precedentemente svolte ovvero gli siano conferite mansioni inferiori rispetto alle ultime.

Non è stato ravvisato demansionamento, invece, nel caso di un dipendente con mansioni di capo dell'ufficio tecnico comunale che, per effetto della istituzione di un posto di tecnico laureato al vertice del medesimo settore, si era così venuto a trovare in posizione subordinata rispetto al neoassunto con qualifica superiore.

Tale modifica non è stata ritenuta illegittima in quanto il dipendente aveva pur sempre conservato mansioni congrue rispetto al suo inquadramento, senza che risultasse illecita l'istituzione del nuovo posto di vertice².

E' stato invece riconosciuto il demansionamento di un dipendente pubblico, direttore responsabile della sezione circoscrizionale del M.ro del Lavoro, per effetto del suo trasferimento ad una sede periferica (sino alla cessazione del rapporto per pensionamento), con assegnazione di mansioni assolutamente incompatibili con il livello di inquadramento ministeriale e con la esperienza professionale acquisita. La illegittima privazione delle

¹ Cass. lav. 21.5.2009, n. 11835.

² Cass., sez. un., 4.4.2008, n. 8740.

mansioni non è venuta meno per il fatto che il lavoratore, secondo l'assunto della amministrazione resistente, avesse svolto temporaneamente (per poche ore al giorno e per pochi mesi, come risultato dal giudizio) attività consone alla pregressa professionalità. Per gran parte della sua permanenza nella nuova sede di lavoro - peraltro in un piccolo e fatiscente locale, privo di computer - il dipendente era rimasto, infatti, sostanzialmente privo di specifiche mansioni da svolgere, con attribuzioni meramente marginali ed assolutamente non riconducibili al rivestito livello di inquadramento³.

Il lavoratore è ricorso in Cassazione perché la sentenza emessa dalla Corte di Appello aveva determinato i criteri di liquidazione del danno patrimoniale e non patrimoniale conseguenti al demansionamento subito (e giudizialmente accertato) in maniera pesantemente riduttiva rispetto a quanto, invece, riconosciuto nel primo grado di giudizio.

Una volta accertato il demansionamento professionale e raggiunta la prova del danno - attraverso la complessiva valutazione, ad opera del Giudice, delle "(...) caratteristiche, durata, gravità e frustrazione professionale (...)" patita dal lavoratore - la Cassazione, con la sentenza da ultimo citata, ha ribadito la debenza del risarcimento del danno non patrimoniale "(...) esattamente identificato negli aspetti di vissuta e credibile mortificazione derivanti (al lavoratore, ndr) dalla situazione lavorativa in cui si trovò ad operare". Detto risarcimento, come ha rilevato la Cassazione, non deve però essere riduttivamente liquidato in (simbolici) € 1.000,00 per danno professionale e in € 3.000,00 per danno esistenziale, come erroneamente stabilito dal Giudice d'Appello, ma riconsiderando il danno biologico documentalmente dimostrato ed accertato nel primo grado di giudizio. Con la conseguente monetizzazione secondo i criteri elaborati dalla recente giurisprudenza della Cassazione che costituiscono i pilastri su cui

si dovranno basare le future pronunce per quel che concerne la quantificazione del danno. La sussistenza di un danno biologico - consistente, nel caso di specie, nelle documentate manifestazioni psicosomatiche e di sindrome ansiosa correlata alla vicenda lavorativa del dipendente - consente la c.d. personalizzazione della liquidazione del danno biologico comprensivo, in quanto tale, anche del danno esistenziale e di quello morale in una liquidazione unitaria. Laddove il danno biologico non ci fosse stato, il pregiudizio di tipo esistenziale (di natura non meramente emotiva ed interiore ma oggettivamente accertabile) attinente alla sfera relazionale della persona sarebbe stato autonomamente risarcibile sulla scorta di una specifica, indispensabile, allegazione da parte del lavoratore attraverso la quale emerga la prova del danno, ottenibile anche per presunzioni. L'illegittimo demansionamento (addirittura quello legittimo, se formalmente rispettoso delle prerogative datoriali) potrebbe, in alcuni casi, trasmodare nel *mobbing*.

Il *mobbing* è ravvisabile quando siano posti in essere, in danno del lavoratore, una serie di atti e comportamenti vessatori da parte di colleghi e/o del datore, protratti nel tempo con sistematicità e diretti a perseguire ed emarginare il soggetto, così da aggredire la sua sfera psichica ed escluderlo dal gruppo.

E' onere del lavoratore fornire la prova della lesione, delle conseguenze patite ma, soprattutto, la precisa connotazione della persecuzione.

Sarà il giudice, procedendo con una valutazione complessiva degli episodi dedotti in giudizio, a verificare se il disagio professionale e personale sia riconducibile al *mobbing* e, in particolare, se un comportamento lesivo, per quanto persistente, presenti gli intenti di discriminazione o di persecuzione (caratteri non ritenuti sussistenti nel caso di cui Cass., sez. un., cit.).

³ Cass., sez. un., 22.2.2010, n. 4063.

GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale, 13.11.2009, n. 293

Stabilizzazione personale - concorso pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 1 e 4, co. 1, 2 e 4, l. reg. Veneto 26.6.2008, n. 3 (Interpretazione autentica dell'art. 2 della l. reg. 16.10.2007, n. 22 "Disposizioni di riordino e semplificazione normativa - collegato alla legge finanziaria 2006 in materia di personale, affari istituzionali, rapporti con gli enti locali") - artt. 3, 51, co. 1, 97, co. 1 e 3, 117, co. 2, cost. - accoglimento.

Il Presidente del consiglio dei Ministri ha proposto, in riferimento agli artt. 3, 51, co. 1, 97, co. 1 e 3, 117, co. 2, cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 4, co. 1, 2 e 4, l. reg. Veneto 26.6.2008, n. 3. Le disposizioni censurate riguardano, in particolare, la stabilizzazione di parte del personale dirigenziale sanitario e di alcune categorie di personale degli uffici di diretta collaborazione degli organi politici della regione Veneto. La C. cost. ha ritenuto la questione fondata dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. reg. 26.6.2008, n. 3, in riferimento agli artt. 3 e 97 cost., e dell'art. 4, co. 1, 2 e 4 della medesima legge regionale, in riferimento agli artt. 3, 51 e 97 cost., ritenendo assorbite le altre censure di costituzionalità, compreso quello relativo all'art. 117, co. 2, sui principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica (Red. Francesco Corvisieri).

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 3.3.2010, n. 5119

Criteri valutativi nella selezione del personale - omessa valutazione dei titoli dei candidati da parte del datore di lavoro -risarcimento per perdita di chance - sussiste.

Nelle procedure concorsuali il potere discrezionale del datore di lavoro trova limite nella necessità che lo stesso fornisca, in conformità ai criteri precostituiti nel bando e, comunque, di quelli di buona fede e correttezza, adeguata ed effettiva motivazione delle operazioni valutative e comparative connesse alla selezione.

In difetto, il danno che al lavoratore può derivare per perdita di chance, va risarcito sulla base del tasso di probabilità che il lavoratore aveva di risultare vincitore, qualora la selezione fra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente.

Al giudice è consentito di apprezzare in concreto ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo che, per inerire alla necessità e correttezza nella valutazione comparativa dei titoli del lavoratore escluso e di quelli utilmente selezionati, appaia a tal fin funzionale e coerente.

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 23.2.2010, n. 4375

Installazione programma informatico per la verifica degli accessi a internet del lavoratore - mancanza dell'accordo sindacale o della autorizzazione della direzione provinciale del lavoro - inutilizzabilità per eventuali contestazioni disciplinari da parte del datore di lavoro.

E' illegittimo il licenziamento di una dipendente per aver effettuato connessioni a siti internet non per motivi di lavoro, connessioni accertate grazie ad un programma informatico installato senza accordo sindacale o, in mancanza, dell'autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro.

A nulla vale il fatto che la dipendente fosse a conoscenza sia del divieto di accesso a internet non giustificato da esigenze d'ufficio sia della riserva di controllo sulla osservanza del divieto formulata dalla società.

La normativa a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro del 1994 non ha in alcun modo modificato la disciplina 'di base' a tutela della libertà e dignità del lavoratore.

Corte di Cassazione, 19.1.2010, n. 698

Atto illegittimo - provvedimento di autotutela - mancata tempestiva adozione - risarcimento del danno - sussiste.

Ove il provvedimento di autotutela non venga

tempestivamente adottato, al punto da costringere il privato ad affrontare spese legali e d'altro genere per proporre ricorso e per ottenere per questa via l'annullamento dell'atto, la responsabilità della PA permane ed è innegabile. Non si tratta, quindi, dell'indebita interferenza della giurisdizione sulle modalità di esercizio del potere amministrativo, ma dell'accertamento che il danno conseguente all'atto illegittimo ha esplicato tutti i suoi effetti, per non essere la PA tempestivamente intervenuta ad evitarli, con i mezzi che la legge le attribuisce.

Corte dei Conti, Sez. I Centrale Appello, 5.1.2010, n. 2

Convenienza economica dei contratti e congruità dei prezzi pagati - conferimento incarico progettazione e direzione lavori - irregolarità - colpa grave - danno erariale.

In tema di forniture pubbliche, la scelta dell'appaltatore deve ricadere sulla ditta in grado di provvedere direttamente a quanto richiesto, evitando la duplicazione e la moltiplicazione di passaggi commerciali superflui, con conseguente ricarico dei costi, concretizzante una in equivoca fattispecie di danno erariale.

Infatti l'amministrazione anziché avvalersi delle proprie strutture ha nominato un professionista esterno, ricaricando così i costi finali delle forniture con i propri compensi. Il professionista incaricato, dal canto suo, ha predisposto una quantificazione di spesa assolutamente inadeguata. Da ultimo le forniture sono state assegnate a ditte che non avevano nella loro disponibilità i beni richiesti, ma dovevano a sua volta procurarseli con un passaggio intermedio eliminabile o quanto meno "dominabile" dal cliente attraverso una opportuna negoziazione dei prezzi.

La colpa grave è risultata palese per la assoluta superficialità con la quale si è dato corso all'acquisto, in presenza di una istruttoria che presentava aspetti di carenza e di anomalia facilmente percettibili.

Le trattative "in economia", pur non necessitando di complessi passaggi licitativi, non debbono prescindere dal rispetto delle regole della trasparenza e della imparzialità.

Corte dei Conti, Sez. centrale, 16.9.2009, n. 554
Dipendente pubblico - svolgimento di attività

privata retribuita senza autorizzazione - danno erariale - non sussiste.

Non sussiste danno erariale nel caso di un dipendente pubblico che svolga attività, retribuita, di amministratore di condominio, laddove tale attività non incida sull'orario di lavoro, sulle prestazioni lavorative, sul rispetto dei compiti istituzionali.

Non sussiste danno erariale quale effetto automatico della violazione delle norme della mancata autorizzazione, da parte dell'ente datoriale, di attività extraistituzionali.

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.3.2010 n. 1787

Mansioni superiori - svolgimento - oltre il termine massimo - intera differenza retributiva.

Il trattamento retributivo corrispondente a mansioni superiori spetta all'aiuto ospedaliero anche quando l'incarico di sostituzione del primario si protragga oltre il termine massimo di sei mesi, posto che con diverse disposizioni il legislatore ha inteso vietare il rinnovo della sostituzione alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, senza precludere il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l'amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24.12.2009, n. 8750

Segretario comunale - oneri sostenuti per difendersi in un giudizio relativo a compiti di ufficio - assoluzione - ripetibilità delle spese legali al comune.

Spetta il rimborso delle spese legali al Segretario comunale assolto nel giudizio penale instaurato su denuncia di taluni componenti della giunta comunale stessa.

Esistono due modalità di "manleva" del dipendente da parte della PA: assunzione diretta del patrocinio (salvo ripetizione dei relativi oneri in caso di condanna per dolo o colpa grave) ovvero rimborso delle spese legali solamente all'esito del procedimento penale (in caso di assoluzione), atteso che il dipendente pubblico, accusato ingiustamente per fatti inerenti a compiti e responsabilità dell'ufficio, ha diritto al rimborso delle spese nei limiti di quanto è

strettamente necessario per la sua opera.

Il Segretario comunale, durante l'esercizio del mandato è, a tutti gli effetti, un dipendente pubblico per la durata del suo incarico.

Pertanto nel caso di un giudizio, connesso alla funzione rivestita e conclusosi con l'esclusione da ogni addebito, il Segretario comunale (al pari di ogni dipendente pubblico), ha diritto a chiedere all'ente di appartenenza il rimborso delle spese sostenute per difendersi, ad esclusione di quelle connesse al successivo procedimento di esecuzione. Tali ultime spese, anticipate dal comune e corrisposte al legale difensore del Segretario comunale, devono pertanto essere da questi restituite al comune stesso.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 25.3.2010 n. 847

Enti locali - avvocati e procuratori - trattamento retributivo - onorari per prestazioni professionali - spettanza - sussiste.

Incarichi esterni - conferimenti - legittimità - condizioni.

Gli avvocati e procuratori degli uffici istituiti presso enti pubblici sono titolari di uno "status" particolare caratterizzato dal fatto che essi sintetizzano la qualità di pubblici impiegati e quella di professionisti iscritti nel relativo Albo professionale, particolarità giustificata dalla peculiarità delle funzioni svolte.

Ne discende che spetta ad essi, in aggiunta allo stipendio tabellare, una quota di retribuzione, a titolo di onorari per prestazioni professionali, quantificata sulla base della legge e delle tariffe professionali forensi.

Va dichiarata l'illegittimità delle norme regolamentari sul funzionamento dell'Avvocatura comunale che non prevedano alcun limite, neppure motivazionale, in ordine al conferimento di incarichi di assistenza legale a professionisti esterni. L'art. 7 del d. lgs. n. 165/2001, che consente l'utilizzo di professionalità esterne da parte delle PA, infatti, "ha carattere eccezionale, in quanto norma derogatoria del principio generale,.. secondo il quale le amministrazioni devono provvedere allo svolgimento dei compiti loro affidati a mezzo del personale di cui dispongono". Ne discende che incarichi a persone estranee all'apparato della PA sono legittimi

solo in presenza delle seguenti condizioni, da ritenersi peraltro tutte simultaneamente richieste: a) complessità e straordinarietà dei problemi da risolvere, tali da richiedere conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze del personale dell'amministrazione concedente; b) assenza di un'apposita struttura organizzativa della PA cui possa essere demandata l'attività in considerazione; c) svolgimento da parte del consulente di un incarico non continuativo, determinato e non particolarmente gravoso sul piano finanziario". Inoltre, anche in presenza di tali condizioni, il ricorso alla collaborazione di tecnici e di consulenti estranei è ammissibile, solo "previo adeguato e motivato accertamento delle esigenze occasionali che ne determinano la necessità, della specificità ed infungibilità della prestazione, nonché dei tempi, modi e del costo della stessa" e "e va, in ogni caso, escluso in presenza di analoghe professionalità previste nell'organico del personale dipendente"

TAR Lazio, II, 21.1.2010, n. 710

Revoca dalla carica di Presidente del consiglio comunale per allontanamento dall'aula al momento del voto - illegittimità della delibera consiliare di revoca.

Il Presidente del consiglio comunale, dopo aver espresso, in sede di discussione su un progetto, il proprio dissenso per ragioni di ordine tecnico, si allontana dall'aula al momento del voto su quel progetto.

Per queste ragioni viene deliberata la revoca dalla carica di Presidente in ragione del fatto che, con detto comportamento, il Presidente sarebbe venuto meno ai doveri di direzione dei lavori del Collegio e agli obblighi di neutralità e correttezza.

Il TAR, in accoglimento del ricorso del Presidente, riconosce invece che proprio il comportamento dallo stesso assunto appare teso a salvaguardare la sua posizione di neutralità, avendo egli espresso le problematiche attinenti all'oggetto del voto, mentre non era in nessun modo in grado di turbare il regolare svolgimento della seduta.

«.....GA.....»

PARERI



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

1. L'INDENNITA' DI VACANZA CONTRATTUALE

DOMANDA

Si chiede se la vacanza contrattuale debba essere corrisposta automaticamente anche a decorrere dal mese di aprile 2010 (ex art. 2, co. 35 l. n. 203/2008) senza attendere alcuna indicazione del legislatore o delle parti contrattuali, oppure occorre attendere tali indicazioni.

RISPOSTA

In merito al quesito posto si fa presente che il ministero dell'economia, con propria nota, disponibile sul sito del dicastero, ha chiarito le modalità applicative della normativa vigente in materia di tutela retributiva del pubblico impiego (art. 2, co. 35, della l. n. 203/2008 - legge finanziaria 2009 e analoghe disposizioni previste dal d. lgs. n. 150/2009), ritenendo che l'indennità di vacanza contrattuale sia da corrispondere a decorrere da aprile 2010. Il ministero ha inoltre definito le misure dell'indennità (IVC) dell'anno 2010 da corrispondere al personale dipendente di ciascun comparto della pubblica amministrazione.

«.....GA.....»

2. LA MOBILITA' VOLONTARIA

DOMANDA

Questo comune ha adottato, nel proprio regolamento organizzativo, apposite norme in tema di mobilità volontaria verso gli uffici dell'ente, procedura prevista, sinora, in alterna-

tiva al reclutamento tramite concorso pubblico. Ciò premesso, alla luce del novellato art. 36 del d. lgs. n. 165/2001, si chiede se sussiste l'obbligo per questo ente di attivare, comunque, la mobilità volontaria prima di bandire il concorso pubblico.

In caso positivo, si può prevedere una prova selettiva sulle materie attinenti il profilo da ricoprire?

RISPOSTA

Il d. lgs. n. 150/2009 ha introdotto al co. 1 dell'art. 30, del d. lgs. n. 165/2001, il secondo capoverso in cui si afferma che le amministrazioni devono in ogni caso rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, specificando che nell'avviso devono essere indicati i criteri di scelta. Ne discende l'obbligatorietà non solo dell'avviso pubblico ma anche dei criteri con i quali l'amministrazione procederà nella scelta. I criteri, rispettosi dei diritti costituzionalmente garantiti, possono prevedere prove volte ad indagare se la professionalità posseduta dal candidato sia coerente con quella richiesta dall'organizzazione per la copertura del posto vacante.

«.....GA.....»

3. IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

DOMANDA

Un comune intende attivare un procedimento disciplinare. L'ente in questione è sprovvisto di personale con qualifica dirigenziale men-

tre risultano nominati con decreto del Sindaco diversi responsabili di posizione organizzativa ed è presente la figura del Segretario generale con nomina di Direttore generale e a sua volta nominato dal Sindaco responsabile di posizione organizzativa. Si chiede di conoscere se le posizioni organizzative presenti nell'Ente possano attivare le procedure disciplinari di cui all'art. 55 bis co. 1, 2, 3 del d. lgs. n. 165/2001 per il proprio personale o se tali procedure spettino esclusivamente al Segretario Generale/Direttore Generale al quale è stata altresì conferita la nomina di Responsabile dell'ufficio di disciplina dell'ente.

RISPOSTA

In merito al quesito proposto occorre rilevare che l'art. 55 bis, co. 1 del d. lgs. n. 165/2001 afferma: "Quando il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale ... il procedimento disciplinare si svolge secondo le disposizioni del co. 4". Il successivo co. 4 prevede che la contestazione degli addebiti, l'istruttoria e la conclusione del procedimento disciplinare, con esclusione di quello riferito a infrazioni per il quale è previsto il rimprovero verbale, sia di competenza dell'ufficio per i procedimenti disciplinari. In base a quanto ricostruito e considerato che presso l'ente non sono previsti in organico Dirigenti, si ritiene che i Responsabili di posizione organizzativa non possano gestire il procedimento disciplinare. Occorre tuttavia avvertire che il co. 3 del medesimo articolo prevede che l'avvio del procedimento disciplinare compete al responsabile della struttura laddove si afferma che sia questo ultimo a trasmettere gli atti all'ufficio per i procedimenti disciplinari entro 5 giorni dalla notizia del fatto. Il medesimo art. 55 bis al co. 4, poi, contiene la previsione che ogni amministrazione deve individuare l'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari. In relazione a questo ultimo aspetto si desume dal quesito che l'amministrazione abbia conferito al Segretario Generale/Direttore Generale la responsabilità dell'ufficio di disciplina del comune. La gestione del procedimento disciplinare, pertanto, compete al Segretario Generale/Direttore Generale dal momento del ricevimento degli atti trasmessi dal responsabile

della struttura, con l'avvertenza che la contestazione degli addebiti può essere effettuata dall'Ufficio competente anche autonomamente qualora il medesimo ufficio abbia altrimenti acquisito la notizia dell'infrazione.

«.....GA.....»

4. LE NORME PER I PICCOLI ENTI

DOMANDA

Un comune montano, con circa 1000 abitanti, ha sei dipendenti di cui un part-time e un responsabile di posizione organizzativa di categoria D. L'Ente è sprovvisto nella dotazione organica della figura del tecnico comunale (attualmente affidato con incarico esterno per il servizio urbanistico ed edilizio). Ciò premesso, il Comune può procedere con la modifica della dotazione organica per l'assunzione di un tecnico comunale di categoria D, ai sensi delle ultime disposizioni normative previste dal d. lgs. n. 150/2009, dall'art. 3 co. 121 l. n. 244/2007, dal co. 2 art. 76 l. n. 133/2008?

RISPOSTA

Gli enti locali, non sottoposti al regime del rispetto del patto di stabilità, seguono le regole descritte nell'art. 1 co. 562 della l. n. 296/2006, ovvero: a) devono assicurare che le spese di personale non superino il corrispondente ammontare dell'anno 2004; b) possono effettuare nuove assunzioni di personale nel limite delle cessazioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato complessivamente intervenute nel precedente anno. La legge finanziaria per l'anno 2008, tuttavia, con l'art. 3 co. 121, prevede la possibilità di derogare a questi limiti a condizione sia data applicazione all'art. 19, co. 8, della l. 28.12.2001, n. 448, e nel rispetto di specifici parametri contenuti nello stesso co. 121. Successivamente la l. n. 133/2008 con l'art. 76, co. 2 sospende l'operatività di queste deroghe con l'eccezione dei comuni con un numero massimo di dipendenti a tempo pieno non superiore a dieci. Si ritiene, pertanto, che gli enti con meno di 10 dipendenti possano derogare al limite di spesa fissato per il 2004 e al limite delle intervenute cessazioni, a condizione che

siano rispettati i parametri di virtuosità di cui al co. 121. Al tempo stesso è opportuno precisare che le motivazioni, sottese all'applicazione delle deroghe, devono essere adeguatamente ed analiticamente manifestate con particolare riferimento alle indifferibili esigenze di servizio o agli interventi di potenziamento dei servizi e alla specifica situazione organizzativo - gestionale in cui versa l'ente.

«.....GA.....»

5. IL LAVORO NOTTURNO

DOMANDA

Ad un dipendente, categoria B4, è stato richiesto, in occasione dell'attività di disinfezione del territorio comunale, di prestare servizio, per un solo giorno, anziché nel consueto orario antimeridiano, in orario notturno.

Si chiede se allo stesso dipendente spetti la maggiorazione oraria prevista dall'art. 24, co. 5, del CCNL del 14.9.2000 ovvero se tale maggiorazione competa solo qualora ricorrano i presupposti del "lavoro notturno" come disciplinato dal d. lgs. n. 532/199.

RISPOSTA

Il trattamento economico del personale degli Enti locali è disciplinato dai contratti collettivi che hanno la piena capacità di regolare l'intera materia in base alle disposizioni del d. lgs. n. 165 /2001 e successive modificazioni e integrazioni.

La fattispecie del lavoro notturno, tra l'altro, è espressamente prevista dall'art. 38, co. 5, del CCNL del 2000 che determina la relativa ampiezza dalle ore 22 alle ore 6 del giorno dopo. Nel caso segnalato, pertanto, tutte le ore di lavoro ordinario prestate entro la fascia oraria sopra indicata devono essere compensate con le maggiorazioni previste dall'art. 24, co. 5, del medesimo CCNL del 2000.

«.....GA.....»

6. LE STABILIZZAZIONI

DOMANDA

Si chiede di sapere se il disposto di cui all'art. 17 coo. 10 e successivi, del d.l. n. 78/200, riguardante criteri e requisiti per la stabilizzazione del personale precario negli Enti locali, si applica anche alla fattispecie della stabilizzazione di lpu (il co. 10 contiene espresso riferimento all'art. 1 co. 558 della finanziaria 2007 che contempla espressamente il personale di cui al co. 1156 lett. f). In caso positivo, dovendo applicare la riserva di posto nella misura del 40%, come si deve operare in presenza di posto unico? E' obbligatorio prevedere sempre la copertura di almeno due posti?

RISPOSTA

In merito al quesito posto si ritiene che ai sensi del co. 12, art. 17 del d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni in l. n. 102/2009, l'ente ossa effettuare una procedura interamente riservata, previa prova di idoneità ove non già svolta all'atto dell'assunzione, solo ed esclusivamente per i lavoratori di pubblica utilità che siano da inquadrare nelle qualifiche di cui all'art. 16 della l. 28.2.1987, n. 56, e successive modificazioni. Tale personale deve essere stato utilizzato dall'amministrazione per almeno un triennio maturato nelle medesime qualifiche e nella stessa amministrazione. Negli altri casi occorre espletare un concorso con riserva, si fa presente tuttavia che, secondo un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, il concorso con riserva non è ammissibile nei casi di posti unici.

«.....GA.....»

7. IL TRATTENIMENTO IN SERVIZIO

DOMANDA

L'art. 16 del d. lgs. n. 503/1992, come modificato dai coo. da 7 a 10 dell'art. 72 del d.l. n. 112/2008 convertito con modificazioni nella l. n. 133/2008, prevede la permanenza in servizio dei pubblici dipendenti per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età (ossia il 65° anno di età e i 40 anni di contribuzione). In tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali di accogliere la ri-

chiesta in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. La domanda di trattenimento in servizio va presentata all'amministrazione di appartenenza dai 24 ai 12 mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento. Si chiede di sapere se il dipendente possa, una volta accolta la richiesta di proroga biennale, recedere prima della fine del biennio.

RISPOSTA

La risposta al quesito posto è affermativa. Il dipendente che abbia chiesto e ottenuto di poter permanere in servizio per un biennio oltre il compimento dei 65 anni di età, ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. n. 503/1992, come modificato dai coo. da 7 a 10 dell'art. 72 della l. n. 133/2008, avendo presentato domanda nei termini e avendo l'amministrazione valutato positivamente la stessa, accogliendola nel pubblico interesse, può recedere dal rapporto di lavoro in essere, dandone preavviso nei termini contrattuali, prima della fine del biennio concesso.

«.....GA.....»

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

di Paolo Romani

CIRCOLARE ESPLICATIVA ANCI DEL 2.3.2010 - TARIFFA IGIENE AMBIEN- TALE

Si reputa opportuno riportare, di seguito, pedissequamente la circolare esplicativa emessa in materia di TIA e di TARSU dall'ANCI, rappresentando al contempo che attualmente è in atto un nutrito dibattito nel quale vi è chi, in aperto contrasto con l'orientamento sostenuto dall'ANCI, sostiene l'attuale illegittimità della TARSU essendo venuto meno il presupposto legislativo della stessa con la conseguente violazione dell'art. 23 cost. a tenore del quale *“nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.”* Sarà cura del Responsabile di Redazione procedere alla puntuale analisi della problematica nel prossimo numero qualora nelle more non vi sia l'auspicato ed atteso intervento normativo (Red. Valentina Romani).

1. Premessa.

A oltre sei mesi dalla pubblicazione della sentenza della C. cost. n. 238/09, con cui è stata sancita la natura tributaria della tariffa di igiene ambientale (TIA) prevista dall'art. 49 del d. lgs. 5.2.1997 n. 22 e sono state individuate alcune conseguenze sulla gestione, in assenza di qualsiasi provvedimento legislativo che abbia recepito le indicazioni fornite dalla Corte e di qualsiasi indicazione da parte degli organi istituzionali interessati (ministero dell'economia e delle finanze e ministero dell'ambiente, agenzia delle entrate) ANCI ritiene necessario fornire a tutti i comuni ita-

liani interessate alcune linee di indirizzo su come possono essere affrontati i problemi posti dalla sentenza. La mancanza di provvedimenti normativi che chiariscano il quadro legislativo vigente ha, tra l'altro, generato tesi che sostengono la mancanza di una base di legittimità per la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU) a partire dal 1.1.2010. Anche a questo riguardo, ANCI ritiene opportuno intervenire per fare chiarezza fermo restando l'impegno dell'associazione per l'emanazione di un provvedimento di legge chiarificatore e semplificatore, condizione comunque essenziale per un'applicazione – pur transitoria, ma certa ed uniforme – del prelievo sul servizio rifiuti, comprensivo della soluzione delle problematiche procedurali ed economiche sollevate dalla non applicabilità dell'IVA alla TIA.

2. L'applicazione della TARSU è legittima.

La tesi che dal 1.1.2010 la TARSU sia definitivamente abrogata e che quindi i comuni non siano più legittimati ad utilizzarla si basa su una interpretazione non condivisibile della normativa sul regime transitorio a suo tempo emanata in materia di passaggio al regime tariffario e del dettato del co. 6 dell'art. 238 del d. lgs. 29.1.2006 n. 152 quando prevede che sino all'emanazione del regolamento attuativo della nuova tariffa “continuano ad applicarsi le discipline regolamentari vigenti”. Dall'emanazione del d. lgs. 152 non sono entrate in vigore nuove norme di legge che prevedano una qualche forma di corrispettivo per il servizio di igiene urbana. Lo stesso provvedimento, in attesa che entri in vigore la nuova tariffa di cui all'art. 238, ha previ-

sto che continuino ad avere efficacia le discipline regolamentari vigenti. Tra queste vanno certamente ricomprese le disposizioni regolamentari comunali. Appare pertanto sicuramente errato sostenere che resti in vigore solo la normativa regolamentare relativa alla TIA con riferimento, tra l'altro al d.P.R. 27.4.1999 n. 158 che è soltanto una norma tecnica per la determinazione dei costi del servizio e delle tariffe. A conferma del fatto che il legislatore ha ritenuto e ritiene che entrambi i regimi restino applicabili e con l'intento di evitare che in una fase transitoria di passaggio da un regime all'altro si produca l'assenza di un valido riferimento normativo, il legislatore stesso è intervenuto per tre anni di seguito a bloccare la possibilità di passaggio da un regime all'altro e solo dallo scorso anno ha previsto la possibilità di passaggio da TARSU a TIA. Appare a questo proposito risolutivo il fatto che nell'ambito del decreto "milleproroghe" (art. 8 d.l. 30.12.2009 n. 194 in fase di definitiva conversione), sia stata reiterata la disposizione seguente: "Ove il regolamento di cui al co. 6 dell'art. 238 del d. lgs. 152/06, non sia adottato dal ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare entro il 30.6.2010, i comuni che intendano adottare la tariffa integrata ambientale (TIA) possono farlo ai sensi delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti". I comuni dunque, in caso di mancata attuazione dell'art. 238 del d. lgs. 152/06, cioè della nuova tariffa di igiene ambientale, potranno (e non dovranno), passare da TARSU a TIA. Ciò appare come una evidente conferma che i due regimi, tenuti in vita transitoriamente, sono ritenuti legittimi ed applicabili.

3. Richieste di rimborso IVA.

La pubblicazione della sentenza ha comportato l'immediata presa di posizione delle associazioni dei consumatori che hanno consigliato la richiesta di rimborso dell'IVA versata e che alla luce delle indicazioni fornite dalla C. cost. non avrebbe dovuto gravare sugli utenti. Senza entrare nel merito della questione che presenta molteplici e assai complessi aspetti, ANCI ritiene che il problema del rimborso IVA agli utenti non possa essere un problema dei comuni e delle loro aziende in quanto gli stessi, agendo di fatto

come sostituti di imposta, hanno riversato allo Stato gli importi riscossi a tale titolo. Al riguardo si ricorda che l'Agenzia delle entrate, richiesta di un parere circa l'assoggettamento o meno all'IVA della TIA, pur a fronte di consistenti e argomentate motivazioni e numerose sentenze della giustizia tributaria a favore di una esclusione, ha confermato, senza esprimere nessun dubbio interpretativo al riguardo, il proprio parere a favore dell'assoggettamento. ANCI ritiene pertanto che il problema debba essere risolto dal Governo attraverso uno strumento legislativo che consenta una restituzione dell'IVA non dovuta senza oneri né finanziari né organizzativi per i comuni e le loro aziende. Si consiglia pertanto di rispondere alle domande di rimborso in maniera argomentata e interlocutoria rinviando la soluzione del problema all'emanazione di una norma di legge o di un orientamento di prassi da parte del Governo o dell'Agenzia delle entrate.

4. Effetti della sentenza sul bilancio comunale.

Devono ora essere passati in rassegna i principali effetti della sentenza n. 238/2009, con particolare riguardo alle situazioni che abbiano scelto il passaggio al regime sperimentale tariffario (TIA), a norma del d. lgs. 22/97 e d.P.R. n. 158/99. In assenza di interventi normativi che stabiliscano una "specialità" del prelievo sui tributi tale da modificare aspetti non secondari di ordinamento delle entrate tributarie locali, va quindi in primo luogo sottolineato il fatto che la TIA va considerata a tutti gli effetti un tributo comunale e che pertanto: - la relativa entrata, anche se riscossa dal soggetto gestore del servizio, confluisce nella tesoreria comunale e costituisce parte delle entrate tributarie dell'ente; - la remunerazione del servizio di igiene urbana (compresa l'eventuale gestione e riscossione della tariffa) deve essere versata dal comune al gestore (a seguito di regolare fattura soggetta ad IVA) e costituisce ovviamente una uscita di parte corrente per il bilancio comunale; - nel deliberare le tariffe per il 2010 il comune dovrà tenere conto del costo del servizio pagato al gestore al lordo dell'IVA. Appare inoltre evidente che, in assenza di norme legislative esplicite, nell'ambito del regime TIA non si applicano

le addizionali ec eca.

5. Gli adempimenti urgenti da parte del comune e del gestore del servizio in regime di TIA.

5.1 Revisione regolamento TIA.

Entro il 30.4.2010 il comune deve deliberare le modifiche al regolamento della TIA per renderlo congruente con la natura tributaria della tariffa e normare gli aspetti procedurali nel rispetto delle normative vigenti in materia di tributi locali. I principali aspetti che debbono essere rivisti sono i seguenti: - conferma dell'istituzione della tariffa, avente natura tributaria, quale corrispettivo per la gestione del servizio di igiene urbana, ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. 22/1997; - correzione di tutti i termini ed espressioni che fanno riferimento ad una entrata di natura non tributaria come "fattura o fatturazione", "utente o cliente" ecc.; - previsione, se mancano, delle modalità di determinazione della tariffa e individuazione dei parametri, previsti dal d.P.R. n. 158 che verranno applicati, con gli eventuali adattamenti ritenuti opportuni rispetto al "metodo normalizzato" ivi previsto. Al fine di consentire la competenza della giunta comunale nella deliberazione della tariffa è necessario che il regolamento individui esattamente o le modalità di determinazione dei parametri che saranno utilizzati per determinare la tariffa. Pertanto, dovranno essere fissati dal regolamento i parametri che il d.P.R. 158 individua con un minimo e un massimo, definite eventuali applicazioni derogatorie di tali parametri conseguenti alla fase sperimentale di applicazione della tariffa, definite le modalità di individuazione delle superfici soggette a tariffa, modalità di calcolo del numero delle persone che occupano locali destinati ad utenza domestica; - definizione delle modalità di riscossione. Questo è uno degli aspetti più critici in quanto l'unico supporto normativo è quello del co. 15 dell'art. 49 d. lgs. n. 22 che prevede la possibilità della riscossione sia volontaria che coattiva mediante ruolo, non escludendosi ovviamente il ricorso alla riscossione diretta in forza dei poteri di regolamentazione delle entrate comunali. A seguito della riforma della riscossione mediante ruolo a partire dal 1.1.2011, qualsiasi affidamento a terzi sia della riscossione volontaria che di quella coattiva deve

seguire le procedure di cui all'art. 52 del d. lgs. 15.12.1997 n. 446. Pertanto, pur tenendo conto della necessità di definire nel corso dell'anno le procedure che si intendono seguire per il 2011, per il 2010 si ritiene che possano essere mantenute le modalità e gli affidamenti in corso. Per quel che riguarda la riscossione volontaria, appare opportuno definire nell'ambito del regolamento il numero delle rate, le relative date di scadenza e le procedure di riscossione. Eventuali modalità di pagamento/riscossione particolari (per es. vendita sacchetti, circuito Lottomatica, on line con carta di credito) debbono essere previsti almeno come facoltà di adozione. - Sanzioni. Per quel che riguarda il tardivo, parziale, omesso pagamento si applica la sanzione prevista per tutti i tributi dall'art. 13 del d. lgs. 18.12.1997 n. 471. Per tutte le altre violazioni sarà possibile, in mancanza di una esplicita previsione normativa, applicare le sanzioni per violazione delle norme del regolamento comunale con apposite previsioni nello stesso ai sensi dell'art. 16 della l. 16.1.2003 n. 3. L'aspetto problematico per questo aspetto è determinato che le sanzioni per violazioni alle norme di regolamento comunali prevedono un minimo (euro 25) e un massimo (500 euro) per cui occorre una certa attenzione nel graduarle o nel rapportarle in percentuale alla somma dovuta. - Devono essere definiti, se mancano, tutti gli aspetti procedurali: - le modalità e i termini per la presentazione delle denunce e/o dichiarazioni, delle istanze per accedere a eventuali tariffe preferenziali o ad esenzioni o agevolazioni; - l'eventuale differenziale, rispetto il tasso di interesse legale, che sarà applicato sui tardivi pagamenti o sui rimborsi; - la somma al di sotto della quale non si procede a riscossione coattiva e a rimborso; - le modalità di presentazione dell'interpello. - Devono essere individuate le tempistiche e le modalità di approvazione del "piano finanziario", elemento fondamentale per la determinazione delle tariffe. - Devono inoltre essere modificati i documenti di pagamento, sia ordinari (eventuali fatture/avvisi bonari preventivi) che a recupero (avvisi di pagamento e accertamento in caso di morosità o evasione), così da renderli conformi agli analoghi documenti di carattere tributario, con particolare ri-

guardo alle motivazioni delle intimazioni di pagamento e alla loro sottoscrizione da parte di un funzionario responsabile eventualmente a ciò designato dal sottetto gestore.

5.2. Definizione dei rapporti tra comune e soggetto gestore.

Riguardo l'applicazione della tariffa e la sua riscossione, la sentenza ci ricorda che, ai sensi dei co. 9 e 13 dell'art. 49 del d. lgs. 22/1997, tale compito viene affidato al gestore del servizio di igiene urbana. "La normativa della TIA – recita la sentenza della Corte – pone un collegamento ex lege tra la gestione del servizio e i poteri di accertamento, con la conseguenza che il solo fatto dell'affidamento a terzi della gestione del servizio comporta la delega a questi dei poteri di accertamento e del potere di stare in giudizio in luogo del comune". Appare evidente che il comune, in qualità di titolare del tributo può scegliere le altre forme di riscossione ed accertamento previste dall'art. 52 del d. lgs. 446/97. Il fatto che l'entrata derivante dalla TIA transiti attraverso il bilancio del comune in quanto entrata propria comunale e che nello stesso bilancio sia previsto in uscita il compenso che deve essere erogato al soggetto gestore non deve far dimenticare che con tale entrata dovrebbe essere coperto al 100% del costo del servizio, o in quota inferiore se il comune ha adottato la tariffa in regime sperimentale. Pertanto, è opportuno che nel documento (convenzione o contratto di servizio) che regola i rapporti tra comune e soggetto gestore sia individuato e regolato questo aspetto per responsabilizzare il soggetto gestore sull'attività di riscossione e garantire l'equilibrio del settore.

«..... GA.....»

DIMINUITO IL COEFFICIENTE ANNUALE PER LA DETERMINAZIONE DELL' ICI SUI FABBRICATI SFORNITI DI RENDITA CATASTALE

Con il decreto del ministero dell'Economia del 9.3.2010, il coefficiente per la determinazione dell'Ici sui fabbricati di cui all'art. 5, co. 3, del d. lgs. 30.12.1992, n. 504, per quest'anno, è stato fissato a 1,02 diminuito

rispetto allo 1,03 del 2009. Questo coefficiente si applica ai fabbricati del gruppo catastale D non iscritti in Catasto e solo se interamente posseduti da imprese e distintamente contabilizzati. L'Ici deve essere pagata sul valore risultante dalle scritture contabili fino al momento in cui questi fabbricati vengono censiti in Catasto con attribuzione di rendita. Ecco il decreto:

DECRETO 9.3.2010 - MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

Decreto

Oggetto Aggiornamento dei coefficienti per la determinazione del valore dei fabbricati, di cui all'art. 5, co. 3, del d. lgs. n. 504 del 1992, ai fini dell'applicazione dell'ICI dovuta per l'anno 2010. (GU n. 69 del 24.3.2010)

IL DIRETTORE GENERALE

delle Finanze

Visto l'art. 5, co. 3, del d. lgs. 30.12.1992, n. 504, concernente i criteri di determinazione del valore, agli effetti dell'imposta comunale sugli immobili (ICI), dei fabbricati classificabili nel gruppo catastale D, non iscritti in catasto, interamente posseduti da imprese e distintamente contabilizzati;

Visto il d. lgs. 30.7.1999, n. 300, recante riforma dell'organizzazione del Governo;

Visto il d.P.R. 30.1.2008, n. 43, che disciplina l'organizzazione del Dipartimento delle finanze;

Visto il d. lgs. 30.3.2001, n. 165, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche;

Considerato che occorre aggiornare i coefficienti indicati nell'art. 5, co. 3, del citato d. lgs. n. 504 del 1992, ai fini dell'applicazione dell'ICI dovuta per l'anno 2010;

Tenuto conto dei dati risultanti all'ISTAT sull'andamento del costo di costruzione di un capannone;

Decreta:

Art. 1

Aggiornamento dei coefficienti per i fabbricati a valore contabile

1. Agli effetti dell'applicazione dell'imposta comunale sugli immobili (ICI) dovuta per l'anno 2010, per la determinazione del valore dei fabbricati di cui all'art. 5, co. 3, del d. lgs. 30.12.1992, n. 504, i coefficienti di aggiornamento sono stabiliti nelle seguenti misure:

per l'anno 2010 = 1,02;
per l'anno 2009 = 1,03;
per l'anno 2008 = 1,07;
per l'anno 2007 = 1,11;
per l'anno 2006 = 1,14;
per l'anno 2005 = 1,17;
per l'anno 2004 = 1,24;
per l'anno 2003 = 1,28;
per l'anno 2002 = 1,33;
per l'anno 2001 = 1,36;
per l'anno 2000 = 1,40;
per l'anno 1999 = 1,42;
per l'anno 1998 = 1,45;
per l'anno 1997 = 1,48;
per l'anno 1996 = 1,53;
per l'anno 1995 = 1,57;
per l'anno 1994 = 1,62;
per l'anno 1993 = 1,66;
per l'anno 1992 = 1,67;
per l'anno 1991 = 1,71;
per l'anno 1990 = 1,79;
per l'anno 1989 = 1,87;
per l'anno 1988 = 1,95;
per l'anno 1987 = 2,11;
per l'anno 1986 = 2,27;
per l'anno 1985 = 2,44;
per l'anno 1984 = 2,60;
per l'anno 1983 = 2,76;
per l'anno 1982 e anni precedenti = 2,92.

Publicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 69 del 24.3.2010.

«..... GA.....»

L'ICI È DOVUTA ANCHE SUGLI IMMOBILI ABUSIVI

Con la sentenza n. 1850/2010 la Cassazione precisa che l'ICI è dovuta anche per immobile abusivo in attesa di condono. I supremi giudici hanno sottolineato che l'immobile in questione poteva essere abitato anche se da completare ed in mancanza del certificato di abitabilità. Il presupposto impositivo riguarda l'occupazione o anche la sola detenzione pur in assenza del certificato meramente giuridico di abitabilità.

«..... GA.....»

L'INDENNITÀ DEL SINDACO PER

FINE MANDATO CONCORRE ALLA FORMAZIONE DELL'IRAP DEL COMUNE

L'agenzia delle entrate ha chiarito che l'indennità di fine mandato elargita al Sindaco uscente deve concorrere alla formazione della base imponibile IRAP. Questo è quanto sottolineato dalla stessa Agenzia con la risoluzione 92/E del 15.4.2010. Qui di seguito si riporta il testo della risoluzione in questione:

“PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. 3.2.1993, n. 29 (tra le quali rientrano i comuni ed altri enti locali) determinano la base imponibile da assoggettare a tassazione ai fini dell'IRAP secondo le regole dettate dall'art. 10-bis) del d. lgs. 15.12.1997, n. 446.

Ai sensi del co. 1, primo periodo, dell'art. 10-bis), concorrono alla formazione della base imponibile IRAP :

- le retribuzioni erogate al personale dipendente;
- i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui all'art. 50 del TUIR;
- i compensi erogati per collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 50, co. 1, lett. c-bis), nonché i compensi corrisposti per attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente di cui all'art. 67, co. 1, lett. l), del citato testo unico.

Per quanto attiene alla presente istanza di interpello, si precisa, che l'art. 50, co. 1, lett. g), menziona espressamente tra i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, tra l'altro, le indennità, comunque denominate, percepite per le cariche elettive e per le funzioni di cui alla l. 27 3.12.1985, n. 816 (amministratori locali: sindaci, assessori comunali, presidente e assessori provinciali ecc.) nonché gli assegni vitalizi percepiti in dipendenza della cessazione delle suddette cariche elettive e funzioni. Tra le suddette indennità rientra, quindi, anche quella corrisposta dal comune istante al sindaco uscente e, pertanto, per effetto del richiamo operato dall'art. 10-bis) del decreto IRAP, la stessa concorre alla formazione della base imponibile IRAP. Non assume rilievo, al riguardo, la circostanza che l'indennità in oggetto corrisposta al

termine del mandato elettorale e commisurata alla durata dello stesso, presenti delle analogie con il TFR corrisposto ai lavoratori dipendenti. L'esclusione del TFR dalla base imponibile Irap determinata con il cd. "sistema retributivo" risulta motivata dalla circostanza che le retribuzioni erogate ai dipendenti devono essere assunte, ai fini dell'IRAP, nel medesimo importo rilevante ai fini della base imponibile previdenziale, determinata a norma dell'art. 12 del d.P.R. 30.4.1969, n. 153, come sostituito dall'art. 6 del d. lgs. 2.9.1997, n. 314 (circ. 9.4.1998, n. 97/E). Il TFR, per espressa previsione normativa, non concorre alla formazione della base imponibile previdenziale e pertanto non assume rilevanza neppure ai fini dell'IRAP. Con riferimento ai compensi che costituiscono redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, la risoluzione 16.2.2001, n. 24, ha chiarito che, "i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, di cui all'art. 47 (ora 50) del TUIR concorrono a formare la base imponibile IRAP nell'importo determinato ai sensi del successivo art. 48-bis (ora 52), prescindendo, quindi, dalla rilevanza o meno che assumono ai fini dell'imposizione previdenziale". In sostanza, l'importo da assumere a tassazione ai fini dell'IRAP deve essere determinato per i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente secondo le regole dettate dal TUIR per la determinazione della base imponibile da assoggettare a tassazione ai fini dell'IRPEF. Tale principio trova applicazione anche con riferimento alle indennità in esame ancorché le stesse vengano assoggettate a tassazione, ai fini dell'IRPEF, secondo le regole della tassazione separata. Occorre considerare, infatti, che l'art. 17, co. 1, lett. a), del TUIR dispone l'applicazione separata dell'imposta, tra l'altro, per le indennità equipollenti comunque denominate "commisurate alla durata dei rapporti di lavoro dipendente, compresi quelli contemplati alle lettere a), d) e g) del co. 1 dell'art. 50...". Tenuto conto che le indennità corrisposte al sindaco uscente al termine del mandato elettorale sono commisurate alla durata dell'incarico, in relazione alle stesse trovano applicazione le regole della tassazione separata dettate dal citato art. 17, co. 1, lett. a), del TUIR. Ai fini della determinazione della base imponibile

da assoggettare a tassazione, ai fini dell'IRPEF, risulta, inoltre, applicabile la disposizione dettata dall'art. 19, co. 2-bis, del TUIR secondo cui le indennità equipollenti devono essere assoggettate a tassazione "... per un importo che si determina riducendo il loro ammontare netto di una somma pari a L. 600.000 (pari ad euro 309,87, n.d.r.) per ciascun anno preso a base di commisurazione, con esclusione dei periodi di anzianità convenzionale ...". Nel medesimo ammontare, pertanto, le indennità in esame devono essere, inoltre, computate dal comune ai fini della determinazione della base imponibile IRAP. Le Direzioni regionali vigileranno affinché i principi enunciati nella presente risoluzione vengano applicati con uniformità".

«..... GA.....»

CRITERI TARSU PER I CAMPEGGI

La Cassazione con la sentenza n. 4750/2010 ha stabilito che per i campeggi, in tema di Tarsu, le aree scoperte operative devono essere tassate per intero a differenza di quelle pertinenti od accessorie ai locali tassabili che ne sono escluse e non può essere ipotizzata una diversa tassazione sulla base dei regolamenti comunali. I supremi giudici sottolineano come il d. lgs 507/93, all'art. 68, comma secondo, lett. b) determini i campeggi quale categoria unitaria di utilizzazione di aree, non prevedendo un diverso criterio di tassazione attraverso i regolamenti comunali. Il regime di tassazione delle aree scoperte, diverse da quelle pertinenti o accessorie di civili abitazioni, è disposto dall'art. 6 del d.l. n. 328/97 convertito nella l. n. 410/97 e dall'art. 1, comma terzo del d.l. n. 8/1999 convertito nella l. n. 75/1999, in base ai quali, le superfici scoperte operative sono sempre tassate per intero.

«..... GA.....»

IMPOSSIBILE LA DELEGA DA PARTE DEI COMUNI A SOCIETÀ PRIVATE DELLA FISSAZIONE DELLE TARIFFE TIA

Con la sentenza n. 8313 dell'8.4.2010, le se-



zioni unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che il comune non può delegare la fissazione delle tariffe della Tia alla società di gestione dei rifiuti in quanto la tariffa di igiene ambientale (Tia), disciplinata dall'art. 49 dei dlgs n. 22 del 1997 presenta tutte le caratteristiche del tributo. “Il potere impositivo è espressione della sovranità dello stato, in generale, e della posizione di supremazia degli enti pubblici locali rispetto ai cittadini amministrati”, detto ciò “l'ipotesi della delega del potere impositivo ad un soggetto privato, nella specie una spa che delibera attra-

verso un consiglio di amministrazione che risponde soltanto ai soci della società, invece che con delibera consiliare adottata dai rappresentanti eletti dai cittadini destinatari dell'imposizione, appare del tutto illegittima”. I primi Giudici hanno anche ribadito che il comune può delegare la riscossione dei tributi ma non il potere impositivo “connaturato allo statuto necessariamente pubblicistico dell'ente impositore”).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

TARIFFA DI DEPURAZIONE ACQUE: LE REGOLE PER LA RESTITUZIONE DELLA QUOTA AGLI UTENTI NON SERVITI DA DEPURATORE

degli Avv.ti Pamela Rossi e Sonia De Sanctis

Approvato il regolamento attuativo che individua i parametri ed i criteri per la restituzione della tariffa riferita al servizio depurazione da parte del Gestore pubblico

Con la pubblicazione nella G.U. del 8.2.2010, è stato approvato il decreto che individua i criteri ed i parametri per la restituzione della quota di tariffa non dovuta riferita al servizio di depurazione, impropriamente richiesta e riscossa dal gestore del servizio idrico integrato.

Il decreto è stato emanato in attuazione della disposizione di cui all'art. 8 *sexies* del d.l. n. 208/2008, introdotto in sede di conversione in legge (l. n. 13/2009). In base a tale norma, i gestori del servizio idrico integrato sono tenuti a restituire entro cinque anni decorrenti dal 1.10.2009 la quota di tariffa non dovuta riferita all'esercizio del servizio di depurazione.

La questione è nata a seguito della sentenza 335/2008 della C. cost. che, nel riconoscere la natura di corrispettivo di prestazioni contrattuali alla tariffa del servizio idrico integrato, aveva 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 prevedeva che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione era dovuta dagli utenti *«anche nel caso in cui la fognatura sia sprovvista di impianti centralizzati di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi»*;

- l'illegittimità costituzionale dell'art. 155, co. 1, primo periodo, del d. lgs. 3.4.2006, n.

152 (Norme in materia ambientale), ai sensi dell'art. 27 della l. 11.3.1953, n.87, nella parte in cui prevedeva che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione era dovuta dagli utenti *«anche nel caso in cui manchino impianti di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi»*;

In merito alle modalità di rimborso delle somme indebitamente percepite, il chiarimento è arrivato da parte del M.ro dell'Ambiente che ha normato i criteri e i parametri per la restituzione agli utenti della quota non dovuta.

I fondamentali passaggi del decreto possono essere così riassunti:

- Il gestore, o, per le gestioni in via diretta il comune, è tenuto a fornire all'Autorità d'Ambito su supporto informatico gli elenchi degli utenti allacciati alla pubblica fognatura, distinguendoli in ragione dell'esistenza e dell'effettiva attivazione dell'impianto di depurazione (cfr. art. 4) tra:

a) utenti serviti;

b) utenti non serviti da impianti di depurazione attivi per i quali sia in corso attività di progettazione, realizzazione, completamento o attivazione (*hanno diritto alla restituzione della quota, dedotti gli oneri sopportati dal gestore connessi alla realizzazione del programma per la costruzione e l'attivazione degli impianti*);

c) utenti non serviti perché gli impianti risultano temporaneamente inattivi o sono stati temporaneamente inattivati (*hanno diritto al-*

la restituzione della quota, dedotti gli oneri sopportati dal gestore connessi alla temporanea inattività dell'impianto);

d) utenti non serviti per i quali non è prevista alcuna attività di progettazione, realizzazione, completamento o attivazione (*hanno diritto al rimborso dell'intera quota*).

Il gestore dovrà, inoltre, trasmettere le seguenti informazioni:

- gli importi pagati da ciascun utente riferiti al servizio di depurazione;
- i volumi d'acqua erogati e i periodi di riferimento;
- lo stato di avanzamento e i costi dei lavori per la realizzazione o la riattivazione di ciascun impianto di depurazione;
- il calcolo degli importi indebitamente richiesti a ciascun utente, dedotti gli oneri di cui all'art. 5 (ammortamenti, accantonamenti e remunerazione del capitale investito di cui ai punti 3.2. e 3.3. dell'allegato al d.m. agosto 1996; costi di attivazione di impianti temporaneamente inattivi).

L'autorità d'ambito, verificata la correttezza dei dati trasmessi dal gestore, individua l'importo, con i relativi interessi, che il gestore dovrà restituire ad ogni singolo richiedente avente diritto entro il 1.10.2014, eventualmente in forma rateizzata e/o mediante compensazione, tenendo conto del termine di prescrizione quinquennale.

Per le gestioni in via diretta, all'individuazione dell'importo da restituire provvedono i comuni, deliberando la restituzione anche in forma rateizzata e mediante compensazione. La decisione su quanto e perché da restituire è rimessa alla Autorità di Ambito con una valutazione dei lavori in corso da pubblicare sul proprio sito web.

I gestori provvederanno a restituire agli utenti la quota di tariffa non dovuta attraverso i fondi vincolati previsti dagli artt. 14 della l. n. 36/94 e 155 del d. lgs. n. 152/2006, qualora non impiegati per gli usi consentiti dalle medesime disposizioni. L'Autorità d'ambito potrà individuare le ulteriori risorse finanziarie eventualmente necessarie affinché gli oneri derivanti dall'obbligo di restituzione non rechino pregiudizio all'integrale copertura dei

costi di investimento e di esercizio necessari alla realizzazione del Piano d'ambito approvato. L'art. 8 *sexies* del d.l. 208/2008, come convertito in l. 27/02/2009 n. 13 istituisce, anche, un onere informativo a carico del gestore, in base al quale questi è tenuto a comunicare entro il mese successivo al 31 dicembre di ogni anno, sia all'utenza interessata, (tramite invio del prospetto unitamente alla bolletta e pubblicazione sul proprio sito web), sia all'Autorità d'Ambito (tramite trasmissione del prospetto in formato di foglio elettronico), i dati relativi al programma per la realizzazione, il completamento, l'adeguamento e l'attivazione degli impianti di depurazione previsto dal rispettivo Piano d'ambito. L'inadempimento all'onere informativo è causa dell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'art. 152, c.c. 2 e 3 del T.U. ambientale, da parte dell'Autorità d'Ambito.

Inoltre il decreto di che trattasi, opta per la soluzione riparatoria della restituzione entro 5 anni, dal 1/10/2009, degli importi indebitamente percepiti negli ultimi cinque anni (prescrizione quinquennale) aderendo all'orientamento della C.conti secondo cui *"trova applicazione la prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948 del codice civile per le prestazioni periodiche che devono pagarsi ad anno o in termini più brevi, nell'ambito di una causa debendi di carattere continuativo"* (cfr. C.conti, Sez. Campania, 24.4.2009, n. 19).

Ciò è di grande rilevanza atteso che prima della conversione in legge del cit. decreto, la magistratura contabile si è pronunciata per il termine ordinario decennale, decorrente dalla data della sentenza della C. cost. *"E' operante la prescrizione ordinaria in considerazione dell'acquisita natura di indebito delle somme introitate dall'ente e non già la prescrizione breve di 5 anni prevista dall'art. 2948, 4° comma, per le prestazioni periodiche. La prescrizione ordinaria decennale decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, ovvero, dalla data della sentenza della Corte costituzionale. Sulle somme sono dovuti gli interessi legali, attesa la natura di debito di valuta delle somme introitate e anche l'IVA (parere sez. Molise n. 3/2009 ma anche Sez. regionali di Veneto, Sardegna,*



Friuli).

Resta il fatto che i rimborsi non possono
che riferirsi a periodi successivi al passaggio

di natura patrimoniale, da quello di tributo,
della tariffa per il servizio idrico integrato
(passaggio avvenuto il 3/10/2000).

«.....GA.....»

GOVERNO DEI CONTI PUBBLICI, FEDERALISMO FISCALE E ASSETTO DELLA FINANZA E DEI TRIBUTI DELLE AUTONOMIE SPECIALI: LA DIFFICILE QUADRATURA DEL CERCHIO

del Dott. Guido Rivosecchi

1. Premessa: i nodi irrisolti del federalismo fiscale.

La XVI legislatura repubblicana si è aperta all'insegna di un tanto conclamato spirito riformatore, che ha, tra l'altro, indotto Governo e Parlamento ad individuare il c.d. federalismo fiscale tra le priorità programmatiche dell'indirizzo politico¹.

Ancor prima, però, nella più ampia prospettiva di attuazione del titolo V della parte seconda della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale sull'art. 119 cost. aveva già individuato nell'approvazione della legge generale di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario la precondizione per poter procedere all'attuazione del disegno autonomistico (sent. n. 37/2004), sottolineando la necessità di estendere i principi di coordinamento all'intero sistema delle autonomie territoriali (sentt. nn. 267/2006; 179/2007).

Alla luce dei risultati delle recenti elezioni regionali, che hanno visto un'indiscutibile affermazione della Lega Nord, sarà inevitabilmente impressa un'ulteriore accelerazione al processo di attuazione della l. 5.5.2009, n. 42, recante "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione". Non tutto, però, sul punto sembra essere ancora chiaro.

Rimangono infatti irrisolti numerosi nodi problematici che vanno dai tempi di attuazione della riforma (non del tutto definiti nella legge di delega, i cui termini sono stati ulteriormente prorogati); al mancato coordinamento con la riforma della legge di contabilità (l. 31.12.2009, n. 196) e con il disegno complessivo di governo dei conti pubblici,

¹ Cfr., ad esempio, R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *Astrid-Rassegna*, n. 93/2009, in www.astrid-online.it.

anche alla luce dei vincoli europei del patto di stabilità; allo stentato avvio dei lavori della Commissione tecnica paritetica e della Commissione parlamentare come principali organi di attuazione della riforma.

Il lacunoso coordinamento con la riforma della legge di contabilità è forse il profilo che desta maggiori perplessità, a partire dalle modificazioni introdotte dalla l. n. 196 del 2009 agli stessi principi e criteri direttivi delle deleghe di cui alla l. n. 42 del 2009, con conseguenti rischi di sfasature temporali nel processo di attuazione delle due riforme, nonché di potenziale lesione della potestà legislativa concorrente regionale in materia di coordinamento della finanza pubblica. Tra l'altro, le stesse modalità di copertura finanziaria previste per l'esercizio della funzione legislativa regionale dalla l. n. 196 del 2009 non sono state adeguatamente raccordate al processo di attuazione del federalismo fiscale (o a quello messo in atto da eventuali nuovi conferimenti di funzioni, come, ad esempio, quelli previsti dal disegno di legge sulla c.d. Carta delle autonomie), essendo basate su regole di contabilità "statiche", fondamentalmente incentrate, cioè, su una finanza da trasferimenti (art. 19 l. n. 196/2009)².

2. Il (mancato) coordinamento della finanza delle autonomie speciali.

C'è però, al di là di tutto questo, un tema che, nei primi passi di attuazione della riforma sul federalismo fiscale, merita specifico approfondimento: il mancato coordinamento con la finanza delle autonomie speciali. Esso costituisce infatti uno dei nodi centrali nel

² Su questi aspetti, cfr. G. Rivosecchi, *Parlamento e autonomie territoriali all'ombra del Governo nella riforma della legge di contabilità* (22 gennaio 2010), in www.nelmerito.com.

processo di attuazione del titolo V almeno per due ordini di ragioni. Anzitutto, perché soprattutto su questo terreno si misura il contenimento del principio autonomistico con quelle istanze inderogabili di unità e di solidarietà affermate dalla Carta costituzionale. In secondo luogo, perché dall'assetto complessivo delle finanze pubbliche tra i diversi livelli di governo si desume la necessità di incrementare il contributo delle autonomie speciali al governo dei conti pubblici.

Dal primo punto di vista, l'art. 119 cost., nel valorizzare l'autonomia finanziaria degli enti territoriali, afferma, nel contempo, delle istanze inderogabili di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, che si riconnettono ai principi di unità e di solidarietà sociale della stessa Carta costituzionale.

Rispetto a questi principi, uno sguardo all'incidenza della dimensione quantitativa della finanza delle autonomie speciali sui conti pubblici lascia a dir poco perplessi. Nel 2007, ad esempio, la spesa delle amministrazioni delle regioni a statuto speciale ammontava a più di un quarto della spesa complessiva regionale (25,7 per cento), a fronte di una popolazione residente di circa il 15 per cento di quella dell'intero Paese. Se a questi dati si aggiunge la spesa delle amministrazioni provinciali (che, nel caso delle province autonome di Trento e Bolzano, è decisamente consistente), si sale a più del 30 per cento della spesa complessiva regionale (dati Istat).

In estrema sintesi – nonostante il ridimensionamento in atto nelle manovre finanziarie degli ultimi vent'anni – il quadro complessivo della finanza delle autonomie speciali continua ad evidenziare, in taluni casi, meccanismi di finanziamento correlati a percentuali a volte superiori al cento per cento dei tributi accertati sui rispettivi territori.

A fronte di tutto questo, si è invece costantemente confermata l'originaria tendenza a disciplinare la finanza degli enti dotati di autonomia particolare in termini sostanzialmente "pattizi", alimentando un sistema finanziario di carattere ancora in gran parte derivato e consolidando una sorta di doppio binario rispetto alle regioni ordinarie, soprattutto per gli accordi di riparto delle risorse finanziarie.

Si pensi – per limitarsi soltanto alle più re-

centi vicende istituzionali – alla c.d. "Dichiarazione di Aosta" – firmata il 2.12.2006 dai Presidenti delle giunte e dei consigli ad autonomia speciale, e successivamente fatta propria dalla Conferenza delle regioni – con la quale si conferma il carattere "separato" dell'ordinamento finanziario delle autonomie speciali e si suggerisce addirittura la costituzionalizzazione del principio dell'intesa ai fini dell'adozione delle modifiche statutarie (mentre la l. cost. n. 2 del 2001 richiede soltanto il parere del consiglio regionale sul progetto di modificazione dello statuto di iniziativa governativa o parlamentare)³.

3. L'affermazione di istanze inderogabili di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.

Anche a prescindere dalla difficoltà di ricostruire in questa chiave di lettura "tradizionale" i più recenti sviluppi della specialità regionale⁴, l'approccio "pattizio" e "separato" che ha contraddistinto la nascita e l'evoluzione della specialità regionale rischia di vanificare quelle istanze di unità e di coordinamento della finanza pubblica, a partire dal principio della correlazione tra le funzioni svolte e risorse attribuite che l'art. 119, co. 4, cost., afferma, invece, per tutti gli enti territoriali.

Un ulteriore argomento testuale in favore della sottoposizione delle regioni a statuto speciale ai principi di coordinamento espressi ora dalla legge di delega sul federalismo fiscale sarebbe individuabile nell'art. 116, co. 3, cost., che, nel prevedere la possibilità per le regioni a statuto ordinario di acquisire forme e condizioni ulteriori di autonomia, ha individuato nell'art. 119 cost. un limite espresso a tale processo.

La disposizione costituzionale potrebbe quindi essere considerata come una sorta di limite ulteriore alla specialità, che, se inte-

³ Per un approfondimento, cfr. G.C. DE MARTIN E G. RIVOSECCHI, *Coordinamento della finanza territoriale e autonomie speciali alla luce della legge n. 42 del 2009*, in *Il federalismo fiscale*, a cura di V. NICOTRA – F. PIZZETTI – S. SCOZZESE, ROMA, DONZELLI, 2009, 343 ss.

⁴ Sul punto, cfr., ad esempio, G. SILVESTRI, *Le Regioni speciali tra limiti di modello e limiti di sistema*, in *Le regioni*, 2004, 1119 ss., spec. 1121.

gralmente applicata nella sua portata precettiva, potrebbe costituire già di per sé utile strumento per riportare sotto controllo la finanza delle autonomie speciali, o, quanto meno, favorire il loro concorso agli obiettivi di convergenza e di solidarietà nel processo di attuazione del titolo V.

D'altro canto, anche la giurisprudenza costituzionale, prevalentemente richiamata a sostegno della specialità, sembrerebbe invece aprire spiragli anche in favore della sottoposizione degli enti dotati di autonomia particolare ai principi di coordinamento della finanza pubblica. Si pensi, soprattutto, a quella giurisprudenza che tende ad estendere alle autonomie speciali la potestà legislativa statale in materia di coordinamento della finanza pubblica in riferimento ai controlli di gestione della C. conti (sent. n. 267/2007) e ai controlli sulla gestione finanziaria degli enti locali (sent. 179/2007), o a quella giurisprudenza che consente allo Stato di adottare disposizioni di coordinamento volte a modificare tributi anche determinando un minore gettito per le regioni, pur se dotate di autonomia particolare (ad es. sent. n. 155/2006)⁵.

Tra l'altro, le stesse disposizioni degli Statuti speciali in materia, pur non richiamando espressamente il limite dell'armonia con la Costituzione, contengono comunque riferimenti a principi di coordinamento con la finanza statale e di solidarietà nazionale (art. 48 dello Statuto Friuli Venezia Giulia; art. 7 dello Statuto Sardegna), o, quanto meno, all'armonia con i principi del sistema tributario dello Stato (art. 73 Statuto Trentino – Alto Adige; art. 12 Statuto Valle d'Aosta), offrendo così ulteriori argomenti testuali circa la facoltà di applicare la legge di coordinamento finalmente approvata dal Parlamento – che di tali principi costituisce diretto svolgimento – anche alle autonomie speciali.

4. Le carenti disposizioni della l. n. 42/2009 coordinamento della finanza pubblica delle autonomie speciali (e qualche proposta alternativa).

Al contrario, le (scarne) disposizioni della

⁵ Per un ulteriore approfondimento, cfr. G.C. DE MARTIN E G. RIVOSECCHI, *Coordinamento della finanza territoriale e autonomie speciali*, cit., 346 ss.

l. n. 42 del 2009 dedicate alle autonomie speciali non sembrano aver condotto a compiuta maturazione le potenzialità offerte dal titolo V.

L'art. 27, co. 1, si limita infatti a prevedere che *“le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, nel rispetto degli statuti speciali, concorrono al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà ed all'esercizio dei diritti e dei doveri da essi derivanti, nonché al patto di stabilità interno e all'assolvimento degli obblighi posti dall'ordinamento comunitario, secondo criteri e modalità stabiliti da norme di attuazione dei rispettivi statuti”* (cors. ns.).

La disposizione, pur includendo le autonomie speciali nel perseguimento degli obiettivi più rilevanti della legge delega, presenta una serie di nodi critici.

Anzitutto, quanto al superamento del criterio della spesa storica – uno degli aspetti più qualificanti e condivisi della riforma⁶ – vengono delineate soltanto modalità graduali che dovrebbero orientare il passaggio al criterio dei costi *standard*, senza l'indicazione di alcun termine temporale (art. 27, co.1), mentre, per le regioni a statuto ordinario, la legge individua un limite massimo di cinque anni entro il quale deve concludersi il processo (art. 20, co.1, lett. b)).

In secondo luogo, specie ai fini della determinazione delle funzioni effettivamente esercitate dalle autonomie speciali e dei relativi oneri, la legge consente di tenere conto di un raffronto tra la finanza delle predette autonomie e la *“finanza pubblica complessiva”* (art. 27, co. 2), ma sulla base di aggregati non puntualmente definiti e, in ogni caso, non suscettibili di interpretazione univoca (ad esempio, totale delle entrate, totale delle spese, rapporto tra entrate e spese), che renderanno presumibilmente agevole un'interpretazione non sempre in linea con gli obiettivi di perequazione e di solidarietà.

In terzo luogo, vengono introdotte clausole derogatorie rispetto ai generali obiettivi di coordinamento della finanza pubblica, insite in parametri assai labili (e quindi suscettibili

⁶ Sul punto, cfr. R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, cit., 8 ss.

di interpretazione estensiva), quali gli “*svantaggi strutturali permanenti*”, “*i livelli di reddito pro capite che caratterizzano i rispettivi territori o parte di essi, rispetto a quelli corrispondentemente sostenuti per le medesime funzioni dallo Stato*” (art. 27, co. 2), nonché il riferimento ai “*costi dell’insularità*”, nonostante quest’ultimo sia stato recentemente ridimensionato dalla giurisprudenza della CGCE (6.9.2006, in C-88/03, *Repubblica portoghese c. Commissione*) e della C. cost. (102/2008, “*Diritto*”, n. 8.2.8.4).

E’ forse alla luce di queste contraddizioni, che si spiegano anche i tentativi della stessa l. n. 42 di ricomporre alcuni degli squilibri finanziari tra regioni ordinarie e regioni speciali. E’ il caso, ad es., all’art. 16, co.1, lett. c), che, nel delineare i principi e i criteri direttivi per l’adozione dei decreti legislativi relativi agli interventi speciali di cui all’art. 119, co. 5, cost., prevede di tenere in considerazione le “*specifiche realtà territoriali*”, con particolare riguardo, tra l’altro, “*alla collocazione geografica degli enti, alla loro prossimità al confine con altri Stati o con regioni a statuto speciale, ai territori montani e alle isole minori*”.

La disposizione appare anzitutto discutibile nella misura in cui individua parametri particolarmente ampi rispetto al carattere straordinario che dovrebbero assumere gli interventi speciali nel quadro costituzionale della rinnovata autonomia finanziaria degli enti territoriali. Essa, inoltre, sembra finalizzata, piuttosto che all’introduzione di norme organiche di coordinamento finanziario, all’adozione di provvedimenti “*tampone*”, nell’intento, ad esempio, di contenere le tendenze “*scissioniste*” dei comuni montani del Veneto, maturate nel raffronto con le condizioni dei contigui enti locali del Trentino – Alto Adige.

Tuttavia, l’aspetto maggiormente critico della riforma è ravvisabile nel sistema delle fonti su cui finiscono per poggiare le (labili) disposizioni dettate dalla legge sul coordinamento della finanza delle autonomie speciali. Le forme e la misura della loro partecipazione agli obiettivi perseguiti vengono infatti integralmente rimesse alle norme di attuazione degli Statuti speciali.

Sul punto, anche alla luce dei dubbi di co-

stituzionalità formale sulle norme di attuazione degli Statuti speciali, in ragione dell’elusione del ruolo del Parlamento nella determinazione dei principi e dei criteri direttivi nel peculiare procedimento di delegazione che ne caratterizza l’adozione⁷, sarebbe stata auspicabile la determinazione di una disciplina di principio ben più articolata di quella fissata dall’art. 27, co. 3, della l. n. 42, che si limita a devolvere a tali fonti gli aspetti cruciali del coordinamento della finanza e del sistema tributario degli enti dotati di autonomia particolare.

Una via alternativa avrebbe potuto essere rappresentata dal tentativo di estendere in via diretta alle autonomie speciali i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario affermati dalle disposizioni costituzionali del titolo V, attraverso la determinazione con legge statale di disposizioni volte ad assicurare il rispetto dei vincoli costituzionali di perequazione e di solidarietà. In analogo prospettiva, sembra infatti collocarsi anche l’ultima tappa del processo di attuazione del Titolo V, rappresentata dal disegno di legge sull’ “*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*” (A.C. n. 3118), che introduce una disposizione di coordinamento per le regioni statuto speciale e le province autonome, sia pure facendo esplicito riferimento soltanto a “*quanto previsto dai rispettivi statuti e dalle relative norme di attuazione, fermo restando quanto disposto dall’art. 10 della l. costituzionale n. 3 del 2001*” (art. 32)⁸.

⁷ Cfr., in particolare, U. ALLEGRETTI, *La Corte ribadisce l’estraneità del Parlamento all’attuazione degli Statuti speciali*, in *Le regioni*, 1984, 1310 s.

⁸ Dal punto di vista della garanzia del concorso delle autonomie speciali ai processi di convergenza finanziari, era forse preferibile la formula dell’originario disegno di legge del Governo (approvato dal Consiglio dei ministri del 15 luglio 2009), che riaffermava esplicitamente il limite dei principi generali dell’ordinamento giuridico della Repubblica (art. 12), nell’intento di sal-

Sul versante opposto, la legge di delega si limita a prevedere ulteriori sedi e fasi di concertazione prodromiche all'eventuale modifica delle norme di attuazione degli statuti speciali, tra l'altro prevedendo l'istituzione presso la Conferenza Stato-regioni di un tavolo di confronto tra il Governo e ciascuna regione speciale, volto ad individuare "linee guida, indirizzi e strumenti" per assicurare il loro "concorso agli obiettivi di perequazione e di solidarietà" (art. 27, co. 7). Da quest'ultimo punto di vista, il carattere bilaterale della concertazione tra lo Stato e ciascuna singola regione speciale difficilmente consentirà di individuare criteri comuni.

5. Avanti... adagio: il c.d. "accordo di Milano" e la (discutibile) conferma di una prospettiva di "separatezza" della finanza delle autonomie speciali.

D'altro canto, neanche il più recente tentativo di coordinamento della finanza delle autonomie speciali - rappresentato, limitatamente alla regione Trentino-Alto Adige, dal c.d. "accordo di Milano" del 30.11.2009, sottoscritto dai Presidenti delle province autonome di Trento e di Bolzano e dai Ministri dell'economia e per la semplificazione, che costituisce il presupposto ai fini della modifica del Titolo VI dello Statuto in tema di finanza regionale e provinciale, poi approvato come emendamento nell'ultima legge finanziaria (art. 2, coo.106-126, della l.n. 191/2009) - sembra fornire risposte adeguate. Il provvedimento infatti prevede: il taglio di risorse su alcune "voci" per le due province autonome per un ammontare pari a circa un miliardo di euro mediante la soppressione della quota variabile dell'IVA (quattro decimi del gettito dell'IVA relativa all'importazione riscossa sul territorio regionale - una quota IVA assai rilevante, in quanto pagata da tutti su qualsiasi transazione - che era precedentemente ripartita nella proporzione del 47 per cento alla provincia di Trento e del 53 per cento alla provincia di Bolzano)⁹ e di altre

vaguardare le esigenze di unità e di coesione del sistema.

⁹ In pratica, alle province autonome rimane soltanto una ridotta quota dell'IVA sulle importazioni, modificandone, però, il criterio di riparto, che non è più basa-

tasse (ad esempio, tasse di circolazione pari ai nove decimi delle tasse relative ai veicoli immatricolati nei territori provinciali); l'estensione del principio del ritorno dei nove decimi delle imposte su voci finora non previste (ad esempio, nove decimi del gettito sull'accisa sulla benzina, sugli olii da gas per autotrazione, sul gasolio per il riscaldamento e su tutti gli altri prodotti energetici consumati sul territorio provinciale), per un totale di nove voci rispetto alle precedenti quattro; una maggiore autonomia per le province nella gestione dell'ICI e sulle aliquote, esenzioni, detrazioni e deduzioni dell'IRAP e dell'addizionale regionale¹⁰; la corresponsione alle province autonome di circa 4 miliardi di arretrati (tributi loro dovuti e precedentemente non trasferiti sulla base delle percentuali allora vigenti), che vengono pagati dallo Stato con rateizzazione a partire dal 2010; una migliore definizione del patto di stabilità con conseguente riparto della responsabilità finanziaria, mediante l'introduzione, tra l'altro, di criteri di calcolo a saldo anziché sulle previsioni di spesa; l'impegno, da parte delle due province autonome, a destinare ogni anno 40 milioni ai comuni veneti limitrofi. Quest'ultimo fondo sarà gestito da un organismo di indirizzo - che sarà disciplinato da un apposito d.P.C.M. - composto da 8 membri (due rappresentanti del M.ro dell'economia, di cui uno Presidente; un rappresentante del M.ro per i rapporti con le regioni; un rappresentante del M.ro dell'interno; un rappresentante della provincia di Trento; un rappresentante della provincia di Bolzano; un rappresentante della regione Veneto e un rappresentante della regione Lombardia, quali regioni limitrofe).

Si tratta indubbiamente di interventi rilevanti sullo Statuto del Trentino - Alto Adige, specie per quanto concerne alcuni nodi cru-

to sulla fonte, ma sulla destinazione (cioè sui consumi).

¹⁰ Si veda l'art. 73, co. 1 bis, del TU delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto del Trentino - Alto Adige modificato: "Le province, relativamente ai tributi erariali per i quali lo Stato ne prevede la possibilità, possono in ogni caso modificare aliquote e prevedere esenzioni, detrazioni e deduzioni, purché nei limiti delle aliquote superiori definite dalla normativa statale".

ciali. Si prevede, tra l'altro, la riforma dell'art. 79, che richiama impropriamente l'art. 119 cost. previgente alla riforma del titolo V, stabilendo un'applicazione diretta di disposizioni costituzionali soltanto al fine di estendere ai propri territori benefici riconosciuti alle regioni ordinarie, sotto forma di contributi speciali.

Nel complesso, l'accordo tenta di assicurare il concorso delle province autonome al processo di convergenza. Degno di nota è anche il trasferimento di quote di tributi in base ai consumi effettuati sul territorio piuttosto che sulla base della fonte, criterio che risulta maggiormente coerente con i vincoli del diritto dell'Unione europea recentemente rafforzati dalla giurisprudenza della CGCE.

Dal punto di vista del metodo, tuttavia, si conferma, ancora una volta, la tendenza a privilegiare non già organici disegni di riforma, bensì l'adozione di singole discipline "separate" e "pattizie", basate su contrattazioni bilaterali, che ridefiniscono l'assetto finanziario e tributario delle autonomie speciali. Inoltre, dal punto di vista contenutistico, si continua ad incentrare larga parte della finanza delle province autonome di Trento e Bolzano su trasferimenti di quote di tributi statali o su imposte indirette (IVA, imposte sui consumi), benché relativi a presupposti che rimangono sul territorio delle province. Tutto ciò non consente di conseguire una vera e propria autonomia tributaria: i veri tributi propri sono limitati al turismo (peraltro senza innovare la disciplina previgente) e a tasse di poco rilievo (ad esempio, tasse automobilisti-

che). Maggiormente significativo appare invece il tentativo - in linea con gli aspetti più innovativi della l. n. 42 del 2009 - di introdurre forme di c.d. fiscalità di vantaggio, a partire dalla gestione maggiormente autonoma dell'IVA e di aliquote, esenzioni e detrazioni e deduzioni dell'IRAP e dell'addizionale regionale. Quanto, infine, alle risorse destinate ai comuni veneti, il provvedimento "tampone" ha già suscitato la "reazione" di altre regioni speciali (in particolare, del Friuli Venezia Giulia) che si sono dichiarate indisponibili - visto il loro passivo di bilancio - a stringere accordi analoghi.

In definitiva, sembrano ancora irrisolti diversi nodi critici rispetto alla necessità di assicurare quella generale funzione di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario su cui poggia l'attuazione dell'art. 119 cost. e del titolo V, che dovrebbe necessariamente includere anche le autonomie speciali. Una condizione, quest'ultima, che sembra indispensabile per non degradare le ragioni della specialità a mero privilegio finanziario.

Soltanto in questa prospettiva, infatti, proprio a partire dalle questioni finanziarie su cui viene misurato il concreto spessore di ogni disegno autonomistico e la relativa tenuta di sistema, le regioni speciali potranno essere considerate un modello espansivo dell'autonomia, in grado, anche alla luce delle potenzialità offerte dal c.d. regionalismo differenziato, di esercitare una funzione di stimolo anche nei confronti delle altre regioni.

ISTITUZIONE DI FONDI STATALI E LESIONE DI COMPETENZE LEGISLATIVE REGIONALI

dell'Avv. Francesco Ricciardi

Nota a margine della sent. C. cost 20.11.2009, n. 308, dove si richiama l'ambito di applicabilità del principio di leale collaborazione nel caso di costituzione con legge statale di fondi per la realizzazione di scopi rientranti in materie di competenza concorrente e residuale

“Autonomia di spesa” e “leale collaborazione” sono i concetti dai quali si levano molte delle questioni di costituzionalità relative al riparto di potestà legislativa sulla finanza pubblica e che in modo sempre più evidente coinvolgono le autonomie locali.

Tuttavia è sulla loro puntuale definizione che ancora oggi oscillano interpretazioni ispirate a finalità discordanti e riaffiorano problemi applicativi dovuti principalmente alla mancata attuazione legislativa del dato costituzionale.

Il caso, ormai consueto, della costituzione di fondi statali a destinazione vincolata è in questa prospettiva esemplare per chi vuole capire lo stato dell'arte della giurisprudenza costituzionale sul federalismo fiscale, poiché consente di cogliere entrambi gli aspetti considerati in relazione a quelle discipline legislative non riconducibili ad un'unica “*materia*” tra quelle espresse nell'art. 117 cost.

In tali ipotesi, la Corte segue un criterio secondo il quale quando una particolare materia prevale decisamente sulle altre finisce per determinare la competenza legislativa e, laddove questa risulti statale, dà un legittimo fondamento alla costituzione del fondo con vincolo di destinazione.

Se al contrario non si può determinare la prevalenza di una materia sulle altre si ricorre al principio di leale collaborazione, ovvero sia la legge statale deve darsi cura di predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle regioni¹, quali sono appunto le intese o i pare-

¹ Cfr. A. MORRONE, *Il regime dei trasferimenti finanziari statali. La regione come ente di governo e di coordinamento finanziario*, in *Giur Cost.*, 2004, p. 652 ss. R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Quad. cost.*, p.895. In giurisprudenza il suddetto criterio è affermato in più circostanze, v., ad es., sent. 50/2005; 133/2006; 201/2007; 168/2008.

ri.

Parimenti il giudice delle leggi ha approfondito in questi ultimi anni un ulteriore argomento, che in effetti riconduce la questione di costituzionalità al contenuto immediatamente lesivo o programmatico delle norme istitutive di fondi vincolati.

Nella pronuncia in commento, l'oggetto del ricorso, su cui la Consulta svolge una breve riflessione, è l'art. 4, co. 1, 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 legge 6.8.2008, n. 113, in riferimento ai parametri dell'art. 117, coo. 3 e 4, cost. e al principio di leale collaborazione.

La regione Emilia-Romagna asserisce l'incostituzionalità del suddetto articolo nella parte in cui non prevede il ricorso allo strumento dell'intesa con la Conferenza unificata,² allorché demanda ad un decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, la disciplina delle modalità di costituzione e funzionamento dei fondi che possono essere

² Sulle intese quale strumento proprio di un “*regionalismo cooperativo*” è scontato il richiamo alla nota sent. 303/2003, in cui il giudice delle leggi riconosce la legittimità costituzionale di una normativa statale di dettaglio in materie di competenza legislativa concorrente, condizionandola alla “*presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumono il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà*”. Cfr. G. RIZZA, *Collaborazione tra enti territoriali*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, Treccani, 1988; G. RIZZA, *Intese 1) diritto pubblico*, in *Enc. Giur.* XVII, Roma, Treccani 1989; F. CINTIOLI, *le forme di intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sent. 303/2003*, su www.astridonline.it.

istituiti per lo sviluppo di programmi di investimento destinati alla realizzazione di iniziative produttive con elevato contenuto di innovazione.

A leggere l'atto introduttivo della regione ricorrente, la norma non prevede un coinvolgimento regionale mediante lo strumento dell'intesa³ nell'emanazione del decreto di cui al secondo periodo del menzionato co. 1, sebbene vada ad incidere su materie di competenza regionale residuale come l'industria, o concorrente come il sostegno all'innovazione per i settori produttivi.

Inoltre la disposizione non considera solo iniziative che attengono allo sviluppo dell'intero Paese, ma anche interventi che incidono sulle realtà produttive regionali, come si evince dall'utilizzo dell'espressione «fondi locali».

Il giudice costituzionale si serve di due ragionamenti per dedurre la natura programmatica e la non immediata operatività della disposizione esaminata.

Il primo muove dalla circostanza che la norma censurata si limita ad indicare la mera possibilità di istituire fondi «per lo sviluppo di programmi di investimento destinati alla realizzazione di iniziative produttive con elevato contenuto di innovazione», senza predisporre effettive risorse finanziarie da impiegare per il raggiungimento delle finalità indicate, peraltro, in modo estremamente generico. Non risultano stanziati nell'anno in corso somme dirette alla costituzione dei suddetti fondi di investimento né vi è alcuna quantificazione delle somme che dovranno nei futuri anni di esercizio finanziario essere agli stessi attribuite.

Il secondo ruota attorno alla proposizione di cui al co. 2 dell'art. 4: «dalle disposizioni del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica», non essendo previste inoltre ga-

³ Sui vincoli che incontra il legislatore statale nel rispetto di intese e accordi e in modo particolare sulla disciplina del cd. «sistema delle Conferenze» introdotta dal d. lgs n. 281/1997, rilevante nel caso che qui si commenta, V. A. STERPA, *il sistema delle conferenze e l'attuazione del titolo V della Costituzione*, in B. CARAVITA (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, Giuffrè 2004.

ranzie a carico delle amministrazioni pubbliche sulle operazioni attivabili ai sensi del co. 1. Provata in questi termini la natura programmatica della norma impugnata, la Corte conclude prontamente che non vi è di conseguenza una lesione delle competenze regionali neppure rispetto al principio di leale collaborazione⁴, poiché come ha già affermato in due previi giudizi la lesione deriva «non già dall'enunciazione del proposito di destinare risorse per finalità indicate in modo così ampio e generico, bensì (eventualmente) dalle norme nelle quali quel proposito si concretizza, sia per entità delle risorse sia per modalità di intervento sia, ancora, per le materie direttamente e indirettamente implicate da tali interventi»⁵

Ma è proprio il principio di diritto richia-

⁴ Sulle origini del principio e la sua evoluzione nella giurisprudenza costituzionale, cfr. R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, relazione 12 marzo 2008 in www.robertobin.it, il quale osserva che «il successo evidente che il principio di leale collaborazione ha conseguito nell'ambito delle argomentazioni impiegate dalla Corte costituzionale nel contenzioso Stato-regioni successivo alla riforma costituzionale del 2001 può essere spiegato con questa massima: tanto più è rigoroso è il self restraint della Corte nel giudicare del "livello degli interessi", tanto più è esteso e rigoroso il suo controllo sul rispetto della leale collaborazione. E' un controllo che si estende sia sull'intensità della collaborazione praticata (o prescritta), sia sull'effettività (o se si vuole, sulla lealtà) di essa.

In generale sulla nozione di lealtà federale (*Bundestreue*) e la nota elaborazione di R. Smend, secondo il quale il rapporto tra *Reich* e Stati membri non è soltanto di sovraordinazione o subordinazione ma implica che ciascun soggetto federato sia tenuto verso gli altri e verso la federazione nel suo complesso alla lealtà federale e al rispetto leale del «patto, v. R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, Cedam 1995 p.79 ss; ». A. ANZON, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano, Giuffrè 1995.

⁵ Nella sent. 50/2008 il Giudice torna a scrutinare la legittimità costituzionale di un fondo per le politiche della famiglia già oggetto di giudizio nella sent. 453/07 e, ribadendo la necessità di una immediata lesività delle norme istitutive di fondi vincolati per asserire la lesione delle competenze regionali, giunge ad affermare che le disposizioni impuginate concretizzano proprio il generico proposito enunciato dalle norme istitutive del fondo, atteso che ne stabiliscono sia le finalità che le modalità di ripartizione. Pertanto le censura nella parte in cui non hanno previsto un idoneo meccanismo concertativo con le Regioni.

mato che non trova una compiuta dimostrazione e si accoglie come vero sul solo presupposto che è stato già enunciato⁶. Né si rinvencono ulteriori fondamenti argomentativi nei giudizi menzionati.

Dove infatti si può constatare che la Corte, pur riflettendo sulla legittimità costituzionale di norme che creano fondi settoriali⁷ in materie non attribuite alla competenza esclusiva dello Stato, in realtà risolve le questioni non motivando la propria decisione sotto il profilo della leale collaborazione tra enti territoriali e il principio di diritto sui cui il giudice costituzionale fonda la decisione in commento ha un portata meno incisiva di quanto possa sembrare.

Nella sentenza n. 453/2007, la Corte non valuta il merito della censura della disposizione rispetto al parametro dell'art. 117 cost., co. 4, avendo la ricorrente omissa di indicarlo specificatamente nel proprio ricorso.

L'assunto è invece richiamato con riguardo ad un altro parametro costituzionale, l'art. 119 cost.⁸ e dunque la questione sembra impostata sulla autonomia finanziaria regionale,

⁶ Nei testi di logica ricorre la fallacia della "petitio principii" quando si assume la verità di quanto si cerca di dimostrare nel tentativo di dimostrarlo. Cfr. I. COPI-C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, Bologna 2004, p. 194.

⁷ Nella sent. 21 dicembre 2007, n. 453, la regione Veneto censura l'art. 19 del d.l. n. 223 del 2006 nella parte in cui prevede la creazione presso la Presidenza del consiglio dei Ministri di tre distinti fondi, atteso che destina risorse, in modo vincolato, in materie non rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, senza lasciare a quest'ultima alcuno spazio di manovra.

Nella sent. 18.4.2007, n. 141, la Provincia autonoma di Bolzano impugna l'art. 1, commi 330, 331, 332 e 333 della l. 23.12.2005, n.266 (legge finanziaria 2006) nella parte in cui prevede l'istituzione di un fondo a sostegno delle famiglie presso lo stato di previsione del ministero dell'economia e delle finanze, ritenendo che la norma rientri tra le materie che lo Statuto riserva alla sua potestà legislativa esclusiva, materie in cui peraltro sono vietati trasferimenti finanziari dallo Stato con vincolo di destinazione.

⁸ Cfr. il punto 3.2 del *considerato in diritto*, «quanto alla dedotta violazione dell'art. 119 cost. deve essere rilevato che la disposizione censurata, nell'istituire i fondi sopra indicati, si limita ad indicare mere finalità di intervento nei settori di rispettiva competenza risultando, secondo il principio già affermato inidonea a ledere "le competenze regionali..."»

non rilevando affatto il problema dell'ambito di operatività del principio di leale collaborazione.

L'altra sentenza evocata dal giudice delle leggi, la n. 141/2007, affronta primariamente il problema interpretativo della riconducibilità della normativa istitutiva di un fondo a favore delle famiglie e della solidarietà per lo sviluppo socio-economico alla materia «assistenza e beneficenza pubblica», riservata allo statuto Trentino-Alto Adige/Südtirol, ovvero alla materia «previdenza sociale» che l'art. 117 cost., co. 2, lett. o), assegna alla competenza esclusiva dello Stato.

La tesi secondo cui la lesione delle competenze regionali non può derivare semplicemente dal proposito di destinare alcune risorse per le finalità indicate dalla disposizione oggetto di scrutinio è espressa nella parte conclusiva della motivazione allo scopo di dichiarare inammissibili, per carenza di interesse, molte delle censure sollevate. Sembra dunque impiegata per muovere una critica alle ricorrenti che non hanno individuato correttamente le norme oggetto del giudizio piuttosto che per dare un fondamento alle argomentazioni che ne costituiscono la *ratio decidendi*.

Concludendo, ha ragione il giudice costituzionale quando afferma che la norma istitutiva dei fondi ha contenuto non immediatamente operativo e gli argomenti addotti sembrano adeguati a sostenere la conclusione.

Tuttavia non sembra cogliere nel segno se da questo deduce che non vi è lesione delle competenze legislative regionali e del principio di leale collaborazione, poiché il rilievo presentato dalla ricorrente non vuole sindacare il contenuto programmatico o dettagliato della disposizione impugnata, ma il procedimento di approvazione della disciplina normativa relativa ai criteri di costituzione e di funzionamento dei fondi in questione.

Allora la censura è rivolta ad un vizio procedimentale, connesso alle modalità con cui si deve giungere alla produzione delle disposizioni di dettaglio nella materia considerata. Forse è auspicabile che il Giudice affrontando nuovamente il tema esponga in modo più articolato le premesse che lo inducono a dichiarare non fondata la questione, anche al fine di

riesaminare la propria giurisprudenza sulle tipologie di finanziamenti vincolati istituiti con legge statale, in cui spesso sembrano sovrapporsi i profili riconducibili all'autonomia regionale di spesa con quelli relativi al riparto di potestà legislativa e stentano a trovare una corretta valorizzazione le forme di coordina-

mento⁹ volte a favorire un'effettiva partecipazione regionale.

⁹ V. su questi temi, diffusamente, R. BIFULCO, *Leale collaborazione (principio di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano Giuffrè 2005, il quale auspica, ai fini di una più limitata ma anche più pregnante configurazione del principio di leale collaborazione, la costituzione di una Camera delle Regioni.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

di Paolo Romani

Corte costituzionale 11.2.2010, n. 39

Scarico e depurazione acque reflue - illegittimità costituzionale art. 2 d. lgs. 546/92.

In materia di tariffa per lo scarico e la depurazione delle acque reflue, occorre da ultimo fare ulteriore breve riferimento, in ragione della sua immediata attualità, alla sentenza della Corte costituzionale n. 39 dell'11.2.2010, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 2, secondo periodo, del d. lgs. n. 546/1992 – come modificato dall'art. 3-bis, co. 1, lett. b), del d.l. n. 203/2005, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. n. 248/2005, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione del giudice tributario le controversie relative alla debenza del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue. La norma viola l'art. 102 cost.: la giurisdizione del giudice speciale è infatti compatibile con il dettato costituzionale solo in quanto "imprescindibilmente collegata" alla "natura tributaria del rapporto", mentre il canone in questione ha natura di controprestazione contrattuale. E ciò sia nel vigore degli artt. 13 e 14 della l. n. 36/94 (si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 335/2008, che aveva qualificato il canone come "corrispettivo di una prestazione commerciale complessa"), sia con riferimento alla vigente disciplina di cui agli artt. 154 e 155 del d. lgs. n. 152/2006 (i quali espressamente precisano che le somme dovute dall'utente per i servizi di pubblica fognatura e di depurazione sono componenti della tariffa che costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato). Red. S. de Santis e P. Rossi).

Corte di Cassazione, Sez. Civ. 9.4.2010 n 8495

ICI - immobili dello Stato - assenza compiti istituzionali - esenzione - impossibile.

... "in tema di ICI, l'art. 7, comma primo, lett. a), del d. lgs. 30.12.1992 n. 504, stabilisce l'esenzione dall'imposta per gli immobili posseduti dallo Stato e da altri enti pubblici ivi elencati, purchè "destinati esclusivamente – vale

a dire in via diretta ed immediata - ai compiti istituzionali", (Cass. n. 22156/06; 20577/05; 21571/2004; n. 142/2004; n. 14146/2003, nonché Cass. ord. n. da 16893 a 16897/08, rese tra le stesse parti), condizione il cui onere della prova incombe, secondo i principi generali, al contribuente che richieda il beneficio (Cass. n. 14146/03, cit.); mentre la medesima esenzione non spetta allorchè il bene sia adibito a compiti istituzionali di soggetti pubblici diversi, cui pure l'ente proprietario abbia in ipotesi l'obbligo, per disposizione di legge, di mettere a disposizione l'immobile, restando però del tutto estraneo alle funzioni ivi svolte (v. anche Cass. n. 18838/06; 20577/05, cit.).

Corte di Cassazione, Sez. Trib. 9.3.2010, n. 5737

ICI - area destinata a verde pubblico - imposizione - impossibile.

... la censura è infondata avendo questa sezione (Sez. 5, Sentenza n. 25672 del 24/10/2008), proprio con riferimento ad altro ricorso ... affermato che in tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), un'area compresa in zona destinata dal PRG a verde pubblico attrezzato, è sottoposta ad un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle trasformazioni del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di edificazione. Ne deriva che un'area con tali caratteristiche non può essere qualificata come fabbricabile, ai sensi dell'art. 1, co. 2, d. lgs. n. 504 del 1992, e, quindi, il possesso della stessa non può essere considerato presupposto dell'imposta comunale in discussione.

Corte di Cassazione, Sez. Trib. 28.01.2010 n. 1848

Tributi - TARSU - centri commerciali integrati - debitore - individuazione.

A norma del co. 1 dell'art. 63 del d. lgs. 507/1993 "la tassa è dovuta da coloro che occupano o detengono i locali". Il terzo comma dell'articolo non deroga al principio della tito-

larità passiva del tributo, ma aggiunge, per i locali in multiproprietà ed i centri commerciali integrati, alla principale responsabilità di chi occupa o detiene i locali in uso esclusivo, quella solidale di chi gestisce i servizi comuni del complesso immobiliare. Oltretutto dal tenore letterale della disposizione (che contrappone colui dal quale "la tassa è dovuta" a colui che ne "è responsabile") ciò risulta dall'inciso, che completa la disposizione, "fermo restando nei confronti di questi ultimi (singoli occupanti o detentori) gli altri obblighi o diritti derivanti dal rapporto tributario riguardante i locali e le aree in uso esclusivo".

Corte di Cassazione, Sez. Civ. 30.12.2009 n. 28012

Tributi - tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi - assenza legge regionale - non esigibile.

Non appare ... possibile ritenere l'inadempienza dell'onerato rispetto ad un tributo per il quale non sono determinate le modalità di versamento e la mancata presentazione di una dichiarazione per la quale non sono stabiliti né le modalità espositive, né i termini di presentazione né il soggetto a cui deve essere presentata. Neppure, in mancanza di tali elementi attuativi indispensabili, possono essere irrogate sanzioni. Ne consegue che in carenza della legge regionale ed in forza della sola normativa statale sussiste il presupposto impositivo, ma questo in concreto manca del requisito di esigibilità in mancanza di una legge regionale che ne regoli la applicazione in concreto.

Cassazione civile Sez. Trib. 20.11.2009, n. 24500

ICI - fabbricato di proprietà di Ente morale di diritto pontificio - utilizzo - assistenza sanitaria - beneficio dell'esenzione dell'imposta - immobili destinati allo svolgimento di attività commerciali - esclusione.

In carenza di qualsivoglia convincente argomentazione contraria (che non si rinviene nelle complessive argomentazioni svolte dalla ricorrente in ricorso e nella memoria depositata), vanno, quindi, ribaditi il principio secondo cui, in base al d. lgs. n. 504 del 1992 ed alle l. n.

121 del 1985 e l. n. 222 del 1985 (norme citate) "un ente ecclesiastico può svolgere liberamente, nel rispetto delle leggi dello Stato, anche un'attività di carattere commerciale, ma non per questo si modifica la natura dell'attività stessa, e, soprattutto, le norme applicabili al suo svolgimento rimangono, anche agli effetti tributari, quelle previste per le attività commerciali, senza che rilevi che l'ente la svolga, oppure no, in via esclusiva, o prevalente" nonché il corollario per il quale "gli immobili destinati da un ente ecclesiastico ad attività Soggettivamente commerciali", siccome non "soltanto ricettive o sanitarie" quindi "ricomprese nella previsione dell'art. 7, lett. i"), non rientrano "nell'ambito dell'esenzione dall'ICI" attesa l'irrilevanza della destinazione degli utili eventualmente ricavati "al perseguimento di fini sociali o religiosi.

Commissione Tributaria Provinciale Napoli, Sez. XIV, 25.1.2010 n. 56/14/10

TARSU - disservizio - riduzione - dovuta.

L'art. 59 del d. lgs. 507/1993 e l'art. 9 del regolamento per l'applicazione della TARSU prevedono fra le gravi violazioni il mancato rispetto della frequenza della raccolta che di fatto comporta l'impossibilità per gli utenti di usufruire dei contenitori appositi e nel contempo, la loro incapienza fa sì che detti rifiuti vengano alloggiati lungo la sede stradale: ove il comune non provveda ad eliminare il disservizio la tassa verrà ridotta nella misura del 40% dell'importo originariamente quantificato.

Il fatto che il comune di Napoli negli anni 2006/2007 ha reso inutilizzabili i cassonetti non raccogliendo i rifiuti è fatto tristemente noto e divulgato purtroppo su tutti i giornali e i media nazionali e internazionali.

La giurisprudenza è intervenuta in merito e cioè se la tassa deve essere corrisposta per un servizio reso e se c'è disservizio deve essere necessariamente quanto meno ridotta così come ha disposto l'art. 59 sopracitato.

La Cassazione con sentenza n. 6312/2005 ha stabilito che egli possa usufruire del servizio, per cui non basta che il cittadino sia residente nel perimetro in cui è stato istituito il servizio ma deve avere la possibilità di utilizzarlo.

PARERI



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

1. LE SANZIONI

DOMANDA

Codesto comune non ha rispettato il patto di stabilità per l'anno 2009 con le conseguenti sanzioni previste dalla normativa vigente.

Di recente la provincia ha comunicato il finanziamento di tre progetti relativi al Sistema Turistico Locale per un importo di € 143.000,00 cofinanziati da Associazioni private.

Si chiede se la cifra impegnata con il suddetto finanziamento (in parte corrente) rientra tra le spese da conteggiare ai fini del patto di stabilità.

RISPOSTA

L'art. 77 bis, co. 20, della l. 133/2008, stabilisce che gli enti che non hanno rispettato il patto, nell'anno successivo, tra le altre sanzioni, non possono "impegnare spese correnti in misura superiore all'importo annuale minimo dei corrispondenti impegni effettuati nell'ultimo triennio".

La circ. n. 2 del ministero dell'economia del 27/1/2009, a pagina 24, al punto G.1., commentando la norma in questione stabilisce che "le spese correnti senza alcuna esclusione non possono superare il valore annuale più basso...".

Pertanto, la spesa a cui si fa riferimento nel quesito, deve senz'altro sottostare al limite previsto dal citato co. 20. In ogni caso questa spesa rientra tra quelle che sono da conteggiare ai fini del patto di stabilità 2010.

«.....GA:.....»

2. IL VALORE DELLE AREE EDIFICABILI

DOMANDA

Il comune, in applicazione dell'art. 59 lett. g) del d. lgs. n. 446/97, ha determinato i valori venali in comune commercio delle aree fabbricabili aventi effetto dall'anno di imposta 2005. I valori sono stati stabiliti secondo le procedure previste dal citato art. 59.

Verificando i versamenti ICI di tre contribuenti che già avevano dichiarato un'area edificabile è emerso che:

- a) uno ha presentato nuova denuncia di variazione rivalutando il valore dell'area secondo i nuovi importi a metro quadrato stabiliti dal Comune ma ha versato una minore imposta;*
- b) l'altro non ha presentato denuncia di variazione e non ha versato la maggiore imposta dovuta;*
- c) l'ultimo non ha presentato la denuncia ma ha versato l'imposta sul valore dell'area rivalutato.*

Si chiede di conoscere se è corretto contestare:

- al primo il minore versamento con sanzione del 30%*
- al secondo l'omessa denuncia ed il parziale versamento con sanzione del 200%*
- al terzo l'omessa denuncia con sanzione fissa, co. 3 art. 14 d. lgs. n. 504/92.*

RISPOSTA

Premesso che la "facoltà" del comune di predeterminare il valore delle aree fabbricabili comunali, così come prevista dall'art. 59, co. 1, del d. lgs. n. 446/1997, adottata a norma

del precedente art. 52, non è vincolante per il contribuente, anche perchè - come precisato nella relazione governativa accompagnatrice del d. lgs. precitato — *"... ovviamente rimane fermo il principio per cui la base imponibile ICI per le aree fabbricabili è data dal loro valore venale in comune commercio; i valori che sono fissati nel regolamento influiscono solo sul piano della limitazione del potere di accertamento del comune ai fini ICI, nel senso che se l'imposta è stata pagata sulla base di un valore non inferiore a quello stabilito nel regolamento, al comune è sottratto il potere di accertare un maggior valore"*;

Si osserva che il contribuente, comunque, ha pur sempre l'obbligo di dichiarare il valore venale in comune commercio al 1 gennaio dell'anno d'imposizione (con validità anche per i periodi d'imposta successivi se tale valore dichiarato non è modificato: art. 10, co. 4, d. lgs. n. 504/1992); per cui, qualora il valore utilizzato dal contribuente per la dichiarazione o per il versamento del tributo risulti non congruo rispetto a quello venale o, addirittura, inferiore rispetto a quello *"predeterminato"* dal comune stesso, questo non solo ha il diritto, ma l'obbligo di provvedere al recupero della omessa o minore imposta versata, procedendo secondo i criteri, le modalità e le sanzioni relative esplicitati nel quesito, che si ritengono corretti.

«.....GA.....»

3. GLI STORNI DAL FONDO RISERVA

DOMANDA

Questo ente ha chiuso l'esercizio 2009 con ancora una cifra disponibile sul fondo di riserva. Nel bilancio provvisorio 2010 risulta pertanto stanziata nel fondo di riserva la medesima somma. Si chiede di conoscere se sia possibile per la Giunta adottare una deliberazione di storno dal fondo di riserva prima dell'approvazione del bilancio di previsione 2010. Si precisa che la spesa da finanziare con lo storno risulta imprevista e non prorogabile (sostituzione del forno della mensa scolastica gustatosi).

RISPOSTA

È senz'altro possibile, nel corso dell'esercizio provvisorio, adottare delibere di giunta con le quali stornare somme dal Fondo di riserva. Ovviamente occorre non superare la disponibilità del Fondo di riserva risultante nel bilancio 2009 assestato.

«.....GA.....»

4. TOSAP E BARRIERE ARCHITETTONICHE

DOMANDA

Un esercizio commerciale necessita di un camminamento in legno su suolo pubblico comunale che colleghi le sue attività distanti circa 300 mt l'una dall'altra avente come unico scopo l'eliminazione delle barriere architettoniche presenti. Il comune deve esigere il pagamento della relativa tassa (TOSAP) dal proprietario dell'attività?

RISPOSTA

La TOSAP si applica sulle occupazioni effettuate a qualsiasi titolo sul suolo pubblico; nel caso in esame, la tassa va quindi applicata all'esercizio commerciale. Tuttavia, il comune, nell'ambito della potestà regolamentare di cui all'art. 52 del d. lgs. n. 446/1997, può esentare le occupazioni che abbiano l'unico scopo di eliminare le barriere architettoniche, vista la finalità anche sociale dell'occupazione.

«.....GA.....»

5. LE CERTIFICAZIONI IVA

DOMANDA

Il comune deve presentare alla prefettura entro il 31 marzo la certificazione per il rimborso dell'IVA sui servizi non commerciali. Alla luce di quanto disposto dell'art. 6 co. 3 della l. n. 488/99 come modificato dall'art. 1 co. 711 della l. n. 296/2006, rientrano nella ripartizione del fondo gli affidamenti a soggetti esterni relativi a servizi resi nei confronti di utenti terzi, effettuati a titolo oneroso fuori campo iva od esenti art. 10 d.P.R. n. 633/72. Considerato che questo ente ha istituito una casa di riposo dotata di autonomia gestionale provvedendo a redigere un apposito bilancio ed un apposito rendiconto che

vengono approvati dal consiglio comunale. Inoltre, l'Istituzione non ha partita iva e codice fiscale propri ma quelli del comune e pertanto viene predisposta una sola dichiarazione IVA comprensiva delle attività commerciali del comune e dell'Istituzione la quale viene gestita in contabilità separata con opzione dell'art 36-bis.

Si chiede di conoscere se sia certificabile al fine del beneficio erariale l'IVA indetraibile assolta sulle spese correlate alla gestione della casa di riposo affidata a terzi la quale rientra nei servizi "esenti" per i quali è previsto il pagamento di una tariffa a carico dell'utente.

RISPOSTA

Il servizio "Casa di riposo" rientra tra quelli che possono fruire del rimborso erariale di cui all'art. 6, co. 3, l. n. 488/99 (servizio esente IVA a tariffa) ma non in quanto affidato all'Istituzione. Tale soggetto non è giuridicamente autonomo e distinto rispetto al comune secondo pressoché unanime dottrina e prassi ufficiale (cfr. *ex plurimis*, Corte Conti, sez. contr. Veneto, delib. 3 del 10.06.2005), pertanto non è soggetto "esterno".

Detto rimborso spetta qualora l'Istituzione abbia a sua volta affidato in concessione, convenzione, contratto d'appalto, etc., la gestione della casa di riposo ad un terzo (p.e. cooperativa).

«.....GA.....»

6. LA RISCOSSIONE DEI RUOLI

DOMANDA

Un ente locale può affidare la riscossione dei ruoli sia delle contravvenzioni al codice della strada ai sensi dell'art. 206 C.d.S che di altri tributi locali (TARSU, TOSAP, ecc.) ad una società diversa dall'Esatri?

RISPOSTA

Ai sensi dell'art. 52 del d. lgs. n. 446/97, la gestione delle entrate degli enti locali può essere affidata ai soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 446/97, con l'osservanza della normativa stabilita in materia di affidamento dei servizi pubblici locali. Per effetto dell'art. 36 del d.l. n. 248/2007, se

affidatario della procedura sarà Equitalia, la riscossione sarà effettuata tramite ruolo; se risulterà affidatario un altro soggetto iscritto all'albo, la riscossione sarà effettuata tramite ingiunzione di cui al r.d. n. 639/1910. In base all'art. 36 predetto, risulta dissipato ogni dubbio sulla possibilità di riscuotere tramite ingiunzione le sanzioni per violazioni al codice della strada, le disposizioni ivi contenute trattano della riscossione delle entrate locali e sono espressione dell'autonomia organizzativa di cui godono i comuni, sancita dalla Costituzione.

«.....GA.....»

7. LA TIA

DOMANDA

Nel 2006, codesto ente è passato a regime TIA, nel 2009 non ha rispettato il patto di stabilità.

A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 238, l'introito TIA costituisce parte delle entrate tributarie.

Dato che nel bilancio 2007 tra le entrate e le spese di parte corrente non era compreso il servizio relativo alla TIA questo Ente come deve comportarsi in fase di redazione di bilancio?

RISPOSTA

In sede di redazione di bilancio le entrate relative alla TIA vanno ricomprese tra le entrate tributarie, mentre le spese relative alla gestione del servizio di igiene urbana, che dovrebbero essere equivalenti alle entrate, devono essere collocate nelle uscite di parte corrente. Dal punto di vista dei saldi di bilancio il fatto che la TIA transiti attraverso il bilancio comunale dovrebbe essere indifferente.

«.....GA.....»

8) LE PUBBLICAZIONI D'AUTORE

DOMANDA

Un autore propone a questo comune la fornitura di n. 30 copie di propri testi sulla cucina regionale e locale. A fronte dei pagamenti l'autore, che sostiene di aver eseguito la pubblicazione in proprio, disporrà la tra-

smissione di una nota liberatoria (senza richiamo ad alcune disposizione di legge) anziché l'emissione di regolare fattura.

Si chiede di sapere se l'operazione proposta è regolare dal punto di vista fiscale.

RISPOSTA

Si esclude che l'autore abbia posto in essere nei confronti del comune una prestazione di servizi, avendo egli ceduto copie di una pubblicazione realizzata in proprio. Diverso sarebbe stato il caso se l'ente locale avesse commissionato la realizzazione di un testo su specifico argomento da immettere nella piena disponibilità patrimoniale dell'ente medesimo. Pertanto in capo al comune non sussistono obblighi di ritenute fiscali derivanti dalla veste di sostituto d'imposta *ex art. 25 del d.P.R. n. 600/73*. La cessione delle copie verosimilmente si configura come attività di carattere commerciale non esercitata in forma abituale, produttiva di reddito "*diverso*" *ex artt. 67, co. 1, lett. c), e 71, co. 2, del d.P.R. n. 917/86*. L'occasionalità dell'operazione comporta la non applicazione dell'IVA per carenza del presupposto soggettivo *ex art. 4, co.1, d.P.R. n. 633/72*.

La suddetta causa di esclusione dovrebbe essere dichiarata dal soggetto percipiente il corrispettivo nella nota liberatoria ai fini della liquidazione, senza la necessità di ulteriori indagini, in modo da porre il responsabile del servizio finanziario nella condizione di attestare la regolarità fiscale ai sensi dell'art. 184, co. 4, del T.U.E.L..

«.....GA.....»

9. I MESSAGGI PUBBLICITARI NEGLI AEROPORTI

DOMANDA

Si chiede se le agenzie di autonoleggio site all'interno di un'area aeroportuale sono tenute al pagamento dell'imposta comunale sulla pubblicità sia per le insegne d'esercizio che per i cartelli identificativi dei posti destinati a parcheggio per i propri utenti.

RISPOSTA

Tutti i messaggi pubblicitari diffusi in luoghi pubblici, aperti al pubblico o da essi percepibili sono soggetti all'imposta comunale sulla pubblicità.

Sull'imponibilità dei messaggi pubblicitari negli aeroporti si è pronunciato il ministero delle finanze:

- con la RM 1.12.1987, prot. 3/2822, a proposito dei messaggi diffusi nelle zone di transito relative ai voli internazionali degli aeroporti di Fiumicino e Ciampino, il ministero ne ha affermato l'imponibilità poiché chiunque può accedere in tali zone, seppure a determinate condizioni,

- con la RM 23.2.1976, prot. 3/1262, il ministero ha affermato l'imponibilità dei messaggi diffusi tramite impianti in concessione installati nella zona aeroportuale.

Pertanto, in astratto, i messaggi pubblicitari all'interno di un'area aeroportuale sono imponibili. Per le insegne di esercizio va applicata l'esenzione di legge; l'applicazione dell'esenzione, in caso di una pluralità di messaggi per un punto vendita, è stata chiarita con RM 2/DF del 24/4/2009: tutte le insegne di esercizio, relative al punto vendita, vanno sommate e successivamente vanno applicati gli arrotondamenti di cui al co. 2, del citato art. 7 del d. lgs. n. 507 /1993 - in base al quale le superfici inferiori ad un metro quadrato si arrotondano per eccesso al metro quadrato e le frazioni di esso, oltre il primo, si arrotondano a mezzo metro quadrato. Se il risultato è inferiore ai cinque metri quadrati di superficie, si applica l'esenzione per le insegne di esercizio.

Se i cartelli identificativi dei posti recano il marchio dell'azienda, sono considerate insegne di esercizio e rientrano nel calcolo complessivo dell'esenzione.

Se invece l'identificazione è inquadrabile come avviso al pubblico (non reca il marchio), dette identificazioni sono imponibili se la superficie complessiva supera mezzo metro quadrato di superficie (art. 17, lett. b) del d. lgs. n. 507/93).

«.....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. Partecipazione Gratuita per l'abbonato.
- b) Pareri e schemi di atti. Assistenza al caso pratico.
- c) Incontro consulenziale gratuito previo appuntamento presso la redazione della rivista.
- d) 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.
- e) 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 2010

- 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.



CONCESSIONARIA PER GLI ABBONAMENTI

La Gazzetta Amministrativa S.r.l.
Via G. Nicotera n. 29
00195 Roma
tel. 06.3242351 – 06.3242356
fax 06.3242356
info@gazzettaamministrativa.it

SERVIZIO CLIENTI, INFORMAZIONI E PRENOTAZIONI

TEL. 06.3242351- 06.3242354
FAX 06.3242356

MODULO DI ABBONAMENTO

Da compilare e restituire, debitamente firmato e timbrato, al fax n. 06.3242356 Allegando la copia della ricevuta di pagamento (modulo scaricabile dal sito www.gazzettaamministrativa.it)
Ogni abbonamento è personale ed unicamente il soggetto abbonato attraverso una password riservata potrà accedere ai servizi della Gazzetta e ricevere trimestralmente la rivista cartacea a proprio nome

DATI PERSONALI DEL RICHIEDENTE

NOME
COGNOME
ENTE DI APPARTENENZA
UNITA' ORGANIZZATIVA
FUNZIONI
INDIRIZZO
LOCALITA'
TEL. FAX
CELL.
EMAIL

ORDINATIVI PER COMUNI – PROVINCE – REGIONI
NUMERO ABBONAMENTI RICHIESTI
TOTALE CORRISPOSTO (come da allegata ricevuta di pagamento) €

PER ULTERIORI INFORMAZIONI

TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356

Sito: www.gazzettaamministrativa.it
e-mail: info@gazzettaamministrativa.it

**Chiuso in redazione il 30 aprile 2010
Finito di stampare nel mese di maggio 2010
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)**



Tipolitografia SPEDIM
Via Alfredo Serranti, 137
00040 Monte Compatri (RM) ITALY
www.spedim.it



www.latuatlevisione.it
Programmi Televisivi
Servizi Giornalistici

GAZZETTA
TECNOLOGIE

per informazioni rivolgersi a:



REDAZIONE G.A.
Tel. **06.3242351 - 06.3242354** Fax **06.3242356**
Sito web: www.gazzettaamministrativa.it

Servizi Integrati della Gazzetta Amministrativa: Scuola Europea delle Comunicazioni - Edit. La Gazzetta Amministrativa Srl
Sped. Abb. Post. D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1

Prezzo abbonamento annuale € 120,00 (iva assolta dall'Editore)