



Presidente Onorario: Pasquale de Lise

Segretario Generale Onorario: Filippo Gai

### DIREZIONE E REDAZIONE

Direttore: Enrico Michetti

Direttore Responsabile: Marzia Romani

Organizzazione e Responsabile rapporti istituzionali ed esterni: Lubiana Restaini

Segretario di Redazione: Antonio Pulcini

Segretario Amministrativo: Enrico Diacetti

Rapporti con la stampa: Franco Cardinale

Corsi di Formazione: Ida Petraccone

Vicedirettori: Valentina Romani e Paolo Pittori

Capiredattori: Emanuele Riccardi e Mauro Fiore

Relazioni esterne: Luigi Marcelli

Università: Fabio Fiorillo

Impaginazione e Grafica: Gazzetta Tecnologie s.r.l.

Redattori: Maurizio Asprone (Innovazione tecnologica), Anna Cinzia Bartoccioni (Ambiente), Marco Benvenuti (Osservatorio Corte Costituzionale), Pasquale Colafemmina (Normativa d'impresa), Antonio Cordasco (Energia), Paolo Cortesini (Formulario), Flora Cozzolino (Osservatorio Corte Costituzionale), 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), Mario Nigro (Osservatorio Corte Costituzionale), 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).

In corso di ridefinizione di ruoli e funzioni.

I suindicati membri della Redazione si considerano in carica sino al 15 ottobre 2010 data in cui verrà resa pubblica la nuova composizione della Redazione. Chiunque ne desidera far parte dovrà far pervenire la propria richiesta di partecipazione quale membro della Redazione entro e non oltre il 15 ottobre 2010. Alla suindicata richiesta debitamente sottoscritta, il richiedente dovrà allegare idoneo *curriculum*. Sarà poi la Presidenza e la Direzione della Rivista a deciderne insindacabilmente l'accettazione in seno alla Redazione.

### COMITATO ISTITUZIONALE

Presidente: Giuseppe Castiglione

Coordinatore: Fabio Melilli

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

### COMITATO SCIENTIFICO

Edoardo Ales, Andrea Baldanza, Enzo Baldini, Raffaele Bifulco, Giuseppe Chiné, Alfredo Contieri, Marco Frascaroli, Luca Palamara, Nino Paolantonio, Filippo Paone, Fulvio Pastore, Carlo Polidori, Giuseppe Rotondo, Emilio Paolo Salvia, Elisa Scotti, Massimo Sessa Andrea Paolo Taviano.

In corso di ridefinizione di ruoli e funzioni.

Chiunque ne desidera far parte dovrà far pervenire la propria richiesta di partecipazione quale membro del Comitato Scientifico entro e non oltre il 15 ottobre 2010. Alla suindicata richiesta debitamente sottoscritta, il richiedente dovrà allegare idoneo *curriculum*. Sarà poi la Presidenza e la Direzione della Rivista a deciderne insindacabilmente l'accettazione in seno al costituendo Comitato Scientifico. Gli attuali membri del Comitato Scientifico si considerano attualmente decaduti.

### HANNO PARTECIPATO

Filippo Barbagallo, Valeria Coppola, Francesco Corvisieri, Fabrizia Covino, Diego De Magistris, Ilaria De Nicola, Andrea Di Leo, Ilaria Di Toro, Alessandra Domenici, Paolo Ermini, Fabio Falco, Michela Giachetti Fantini, Sergio Fifi, Mariella Iacono, Giustino Lo Conte, Elisa Lori, Roberto Malzone, Carolina Morici, Fabiana Misino, Gianluca Piccinni, Paola Pittelli, Paolo Romani, Sara Rossi, Francesco Sampugnaro, Maria Giovanna Sbrolla, Luca Scarpolini, Elisa Scozzo, Davide Siclari, Veronica Taurasi, Domenico Tomassetti, Paola Tria, Angela Turchiano, Raffaella Vaira, Rosa Valicenti.

---

# SOMMARIO

---

*L'EDITORIALE: QUANDO È POSSIBILE L'AFFIDAMENTO DIRETTO DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURA A SOCIETÀ MISTE*  
*del Prof. Avv. Enrico Michetti*..... 4

## PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

**NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI** ..... 8  
**REDAZIONALI** ..... 11  
IMMUNITÀ EX ART. 122 CO. 4 DELLA COSTITUZIONE PER IL CONSIGLIERE REGIONALE CHE ESTERNALIZZA L'INCARICO PER LA RIORGANIZZAZIONE DEL CONSIGLIO REGIONALE  
*dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo*..... 11  
CAUSE DI INCANDIDABILITÀ, INELEGGIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ NEGLI ENTI LOCALI (II<sup>A</sup> PARTE)  
*dell'Avv. Gianluca Piccinni*..... 13  
L'ENERGIA NUCLEARE TRA STATO E REGIONI (E DISCORSO PUBBLICO)  
*del Prof. Raffaele Bifulco*..... 18  
GESTIONI LIQUIDATORIE DELLE AZIENDE SANITARIE LOCALI: LA REGIONE SI ACCOLLA I DEBITI PREGRESSI  
*del Dott. Filippo Barbagallo*..... 22  
CONTROLLO PREVENTIVO DI LEGITTIMITÀ SUI CONFERIMENTI DI CONSULENZE ED INCARICHI A SOGGETTI ESTERNI  
*della Dott.ssa Rosa Valicenti*..... 26  
LA DISCIPLINA SULL'ORDINAMENTO DI ROMA CAPITALE CONTENUTA NELL'ART. 24 DELLA L. N. 42 DEL 2009  
*della Dott.ssa Michela Giachetti Fantini*..... 30  
MISURE MINIME D'INTERVENTO PER GARANTIRE LA PARITÀ DI ACCESSO ALLE CARICHE ELETTIVE: LE "AZIONI POSITIVE ATIPICHE"  
*della Dott.ssa Fabrizia Covino* ..... 37  
**GIURISPRUDENZA** .....  
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI  
..... 43  
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE  
*del Dott. Marco Benvenuti, della Dott.ssa Flora Cozzolino e dell'Avv. Mario Nigro* ..... 53

## EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

**NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI** ..... 67  
**REDAZIONALI** ..... 70  
LIBERALIZZAZIONE DI INTERVENTI EDILIZI MINORI, INTRODUZIONE DELLA C.I.A. E SOSTITUZIONE DELLA D.I.A. CON LA S.C.I.A.  
*del Dott. Arch. Luca Scarpolini* ..... 70  
ACCERTAMENTI TECNICI E RISPETTO DEI RITUALI DA PARTE DELLA PA  
*degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi*..... 81  
L'INERZIA DEGLI ENTI PREPOSTI ALLA TUTELA DEI VINCOLI TRA DISCIPLINA GENERALE DELLA CONFERENZA DI SERVIZI E PROCEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA  
*dell'Avv. Livio Lavitola e del Dott. Andrea Di Leo*..... 88  
BREVI OSSERVAZIONI SULLA SENTENZA DEL TAR LOMBARDIA - MILANO - N. 15326/2010 IN MATERIA DI RIPARTO DI COMPETENZE TRA AUTORITÀ LOCALE CHE ELABORA IL PIANO O IL PROGRAMMA E L'AUTORITÀ CUI COMPETE LA VALUTAZIONE AMBIENTALE  
*degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco*..... 92



LA PEREQUAZIONE URBANISTICA: FUNZIONE, TIPOLOGIE E STRUMENTI DI ATTUAZIONE <i>della Dott.ssa Raffaella Vaira</i> .....	94
DOVERE DI RIMUOVERE IL SINDACO CHE RESTA INERTE NELLA GESTIONE DELL'EMERGENZA RIFIUTI. OPINIONI CONTRASTANTI NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA <i>della Dott.ssa Valeria Coppola</i> .....	101
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	106
URBANISTICA.....	106
ESPROPRIAZIONI.....	109
EDILIZIA.....	115
ABUSI EDILIZI.....	119
PAESAGGIO.....	122
AMBIENTE.....	126
OSSERVATORIO PENALE.....	129

## CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	132
<b>REDAZIONALI</b> .....	
LA SORTE DEL CONTRATTO DOPO L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i> .....	140
LE SANZIONI ALTERNATIVE PREVISTE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IN CASO DI GRAVI VIOLAZIONI E MANCATO RISPETTO DELLO <i>STAND STILL</i> <i>dell'Avv. Paola Tria</i> .....	143
REQUISITO DELLA MORALITA' PROFESSIONALE E DIRETTIVA RICORSI <i>dell'Avv. Paola Pittelli</i> .....	145
OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE: PROBLEMATICHE RELATIVE AI REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA NECESSARI ALLA PARTECIPAZIONE AD UNA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RACCOLTA DIFFERENZIATA DEI RIFIUTI <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto</i> .....	148
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	150
CONTRATTI PUBBLICI <i>della Dott.ssa Sara Rossi</i> .....	150
SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	163

## PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	172
<b>REDAZIONALI</b> .....	175
UTILIZZO DI INTERNET E DELLA CASELLA DI POSTA ELETTRONICA SUL LUOGO DI LAVORO. LIMITI DEI SISTEMI DI CONTROLLO. LA MEDIAZIONE TRA GLI INTERESSI CONTRAPPOSTI DELLA PA E DEL DIPENDENTE <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i> .....	175
L'ASSEGNAZIONE DEL DIPENDENTE PUBBLICO A MANSIONI PROPRIE DI UNA QUALIFICA SUPERIORE <i>dell'Avv. Paolo Ermini</i> .....	179
IL CONFERIMENTO ALL'ESTERNO DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI ALLA LUCE DEL D. LGS. 150/2009: DUBBI INTERPRETATIVI E CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI <i>dell'Avv. Fabio Falco</i> .....	182
LA RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE DEI SOCI E DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ PARTECIPATE DA CAPITALE PUBBLICO <i>dell'Avv. Domenico Tomassetti</i> .....	185
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	188
PUBBLICO IMPIEGO.....	188
RESPONSABILITÀ.....	194

## BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

---

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	196
<b>REDAZIONALI</b> .....	
LA MANOVRA ECONOMICA E LA CORREZIONE DEI CONTI PUBBLICI – COMUNI – PROVINCE – REGIONI – D.L. 78/2010	
<i>del Dott. Michele Scognamiglio</i> .....	198
LE PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA TRASFORMAZIONE DELLA TARSU IN TIA	
<i>del Dott. Michele Scognamiglio</i> .....	205
L'UTILITÀ DEL BILANCIO SOCIALE NEGLI ENTI PUBBLICI	
<i>del Dott. Massimiliano Mignanelli</i> .....	207
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	210
<b>ABBONAMENTO</b> .....	214

## QUANDO È POSSIBILE L’AFFIDAMENTO DIRETTO DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURA A SOCIETÀ MISTE

del Prof. Avv. Enrico Michetti

La novella di cui all'art. 15 d.l. 25.9.2009 n. 135 convertito, con modificazioni, in l. 20.11.2009 n. 166 ha innovato l'originario impianto dell'art. 23 *bis* d. lgs n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008 introducendo alcune importanti novità in materia.

In particolare l'affidamento di lavori, servizi e forniture a società miste era ed è tuttora soggetto alle norme dell'evidenza pubblica salvo che ricorrano determinate condizioni (art. 32, co. 1, lett. c), e co. 3 del d. lgs. 163/2006).

In primo luogo, l'art. 6, co. 2, dello schema di regolamento, richiamando il co. 3 dell'art. 32, d. lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) ne conferma l'applicabilità *“se la scelta del socio privato è avvenuta secondo quanto previsto dall'articolo 23 bis, co. 2, lett. b)”* e cioè se la scelta del socio sia avvenuta *“mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del presente comma, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”* (art. 23 *bis*, co. 2, lett. b).

In secondo luogo ai sensi del sopra richiamato art. 32, co. 3, è escluso l'obbligo dell'evidenza pubblica per le società miste limitatamente alla realizzazione dell'opera o per lo svolgimento del servizio per cui la società è costituita *“se ricorrono le seguenti condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo”*.

Da quanto sopra ne consegue che, se la scelta del socio è avvenuta con procedure di evidenza pubblica aventi ad oggetto sia l'acquisto della partecipazione che l'attribuzione di specifici compiti operativi e la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio almeno per il 70%, questa non è tenuta ad applicare le norme del codice dei contratti.

In terzo luogo il co. 2 dell'art. 23 *bis* richiede espressamente che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%. La fissazione di una quota privata non inferiore al 40% del capitale sociale è diretta ad individuare un partner privato che sia il vero motore dell'impresa cui demandare la gestione dell'azienda e la responsabilità dei risultati conseguiti in termini di efficienza e di efficacia aziendale, residuando in capo alla parte pubblica compiti di mero controllo interno dell'operato del socio industriale. (in tal senso v. Commissione Affari Costituzionali, *“art. 15, Adeguamento alla Disciplina Comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica”*, ottobre 2009).

Dunque, il novellato art. 23 *bis* d. lgs n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 15 d.l. n. 135/2009 convertito in l. n. 166/2009) ricomprende l'affidamento a società miste tra le forme di conferimento ordinario ove ricorrano tre precisi presupposti:

1. la selezione del socio privato, come sopra precisato, deve avvenire con una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici;

2. la gara per la scelta del socio deve avere ad oggetto, oltre alla qualità di socio, anche l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (c.d. gara a doppio oggetto);

3. infine il soggetto privato così individuato deve avere una partecipazione non inferiore al 40%.

Peraltro anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>1</sup> non ha mancato di aderire al modello della gara a doppio oggetto laddove ha espressamente affermato l'“*ammissibilità e legittimità della figura del sistema giuridico italiano, e della possibilità di perseguire il risultato mediante lo svolgimento di una gara unica..*” e ciò sul presupposto che l'affidamento diretto alla società mista è legittimato proprio dalla gara effettuata a monte per la scelta del partner privato “*altrimenti l'amministrazione si troverebbe ad assumere la duplice veste di stazione appaltante e di socio di una delle società concorrenti, in palese conflitto di interessi*”<sup>2</sup>. In sostanza la mancata osservanza della procedura concorsuale nell'affidamento dell'appalto è compensata dal rispetto di una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato<sup>3</sup>. In ordine poi alle condizioni che consentirebbero il ricorso a tale forma organizzativa, il Supremo Consesso<sup>4</sup> le ha enunciate puntualmente richiedendo:

“1. *che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale “strumento”;*

2. *che il privato sia scelto con gara;*

3. *che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima;*

4. *che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi “determinati”);*

5. *che la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;*

6. *che il rapporto instaurato abbia durata predeterminata”.*

A ciò si aggiunga che le società miste, affidatarie della gestione del servizio pubblico locale *ex art. 23 bis*, co. 2, lett. b), possono derivare sia da un procedimento di costituzione *ex novo* o di riorganizzazione derivante da un aumento di capitale riservato sia da operazioni straordinarie o dalla cessione di una partecipazione dell'ente pubblico. Esse in ogni caso richiedono inderogabilmente una procedura a evidenza pubblica per la scelta concorrenziale del partner privato, avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Peraltro dalla ipotesi della gara unica a doppio oggetto va distinta la diversa ipotesi in cui si intendano affidare ulteriori appalti ad una società mista già costituita, in quanto in detta ultima fattispecie occorrerà una gara per l'affidamento degli appalti ulteriori e successivi rispetto all'originaria missione.<sup>5</sup>

Sul punto, invero, il co. 9 dell'art. 23 *bis* dispone espressamente che: “*Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati*

<sup>1</sup> CdS, Sez. VI, 16.3.2009 n. 1555 nella quale vengono richiamati il parere reso dal Consiglio di Stato n. 456/07 che ha espressamente affermato che “*è possibile l'affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara*”, nonché Adunanza Plenaria del CdS, decisione n. 1/2008, CdS, VI, n. 4603/2008.

<sup>2</sup> CdS, Sez. V, sentenza 25.8.2008, n. 4080.

<sup>3</sup> In tal senso tra le tante TAR Veneto, 12.3.2009 n. 879, CdS, Sez. II 18.4.2007, n. 456; V, 3.2.2005, V, 1.3.2003, n. 1145, V, 30.4.2002, n. 22976.

<sup>4</sup> CdS, Sez. VI, n. 1555/2009 *op. cit.*

<sup>5</sup> In tal senso si veda Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici, Lavori, servizi e forniture, Deliberazione n. 49 del 21.5.2009 - rif. GE 55048/08/VISF d. lgs 163/06 Artt. 1 - Codici 1.2 secondo cui le società miste non possono essere affidatarie dirette di servizi, a meno che la specifica procedura ad evidenza pubblica non riguardi, oltre la scelta del socio, anche la individuazione dello specifico servizio da svolgere in partenariato e le modalità di collaborazione. La gara, inoltre, deve stabilire anche la scadenza del periodo di affidamento e le modalità di uscita del socio. Alla scadenza di tale termine, per evitare che il socio divenga stabile, occorre una nuova gara per affidare gli appalti ulteriori e successivi alla società mista già costituita.

*membri dell'Unione Europea che, in Italia o all'estero gestiscono di fatto, o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, ovvero ai sensi del co. 2 lett. b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”.*

Il legislatore, dunque, ha sostanzialmente equiparato ai fini del divieto per i soggetti in affidamento diretto di gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, le società che svolgono un servizio pubblico locale in virtù di un affidamento diretto od a seguito di procedura non ad evidenza pubblica con le società miste di cui al co. 2 lett. b).

Ai sensi dell'ultimo cpv del co. 9 dell'art. 23 *bis* tale divieto opera per tutta la durata della gestione, non si applica al socio privato e gli affidatari diretti di servizi pubblici locali potranno concorrere solo alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essa forniti.

Giova precisare tuttavia che il TAR Calabria, Sez. Reggio Calabria con la recente sentenza del 16.6.2010, n. 561 è intervenuta in materia di applicazione dei citati divieti con la prima pronuncia giurisprudenziale che esclude dal novero dei soggetti destinatari dei divieti posti dal co. 9 dell'art. 23 *bis* le società miste rispettose del modello comunitario del c.d. Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato (PPPI).

Più precisamente si tratta di una sentenza dai risvolti importati in quanto partendo dal presupposto che se le forme ordinarie di conferimento dei servizi pubblici locali sono due ovvero 1) la gara pubblica per la scelta di imprenditori e società in qualunque forma costituite (art. 23 *bis*, co. 2, lett. a) e 2) la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di una costituenda società misto pubblico-privata (art. 23 *bis*, co. 2, lett. b) giunge ad affermare che l'affidamento a società mista costituita *ex co. 2 lett. b)* dell'art. 23 *bis* debba necessariamente equipararsi, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara con la conseguenza che risulterebbe irragionevole ed immotivata - anche alla luce dei principi dettati dall'Unione Europea in materia di partenariato pubblico privato<sup>6</sup> - l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione. Il Giudice Amministrativo, pertanto, in questa prima sentenza ha preferito una interpretazione della disposizione nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica anche le forme previste dal co. 2, lett. b), dell'art. 23 *bis* cit..

L'esigenza di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori posta a base del sopra citato divieto giustifica peraltro anche il regime delle norme e dei principi che regolano l'attività delle società miste enunciato all'art. 13, d.l. n. 4.7.2006 n. 223 (cd Bersani), sostituito dalla legge di conversione n. 248/2006, novellato dall'art. 1, co. 720, della l. 296/2006, rubricato “*Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*” che dispone: “*Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a*

<sup>6</sup> v. comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.U.E. del 12.4.2008

*favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società od enti (...)*". La ratio di tale divieto, come statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 1.8.2008 n. 326 è quello di evitare che soggetti in posizione di privilegio operino in mercati concorrenziali generando effetti distorsivi sulla concorrenza. In tal senso anche il Consiglio di Stato nella sentenza 5.3.2010 n. 1282 richiamando anche le sentenze rese dal Consiglio di Stato, Sez. V, 7.7.2009, n. 4346, nonché, sez. V, 12.6.2009 n. 3766 ha precisato che il divieto in esame mira ad escludere che le società strumentali possano svolgere, in relazione alla loro posizione privilegiata, altre attività a favore di altri soggetti pubblici o privati perchè se così fosse si creerebbe un'alterazione o una distorsione della concorrenza o del mercato. E' in tale ottica che si giustifica la previsione di cui al co. 2 dell'art. 13, che impone a tali società strumentali un oggetto sociale esclusivo, con la precisazione che esso non deve essere inteso come divieto delle società multiutilities, ma come rafforzamento della regola della esclusività (Consiglio di Stato, Sez. V, 7.7.2009, n. 4346; A.P., 3.3.2008, n. 1). E' quindi l'elemento oggettivo della strumentalità, fonte di alterazione o distorsione della concorrenza e del mercato, a giustificare il divieto in parola, è cioè la specifica missione strumentale della società rispetto all'ente che l'ha costituita ovvero la partecipa a giustificare il divieto legislativo di operare per altri soggetti pubblici o privati<sup>7</sup>.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza<sup>8</sup> ha avuto modo di chiarire 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 secondo comma dell'art. 13, devono avere oggetto sociale esclusivo"*, in guisa che le società miste che intendano dedicarsi alla gestione di servizi pubblici locali, devono prevedere quale loro oggetto sociale esclusivo la gestione di detti servizi pubblici locali.

Da ultimo giova precisare che il legislatore si è altresì premurato di stabilire un periodo transitorio entro il quale ai sensi del co. 8, art. 23 bis, lett. b), c), e) le società miste debbono uniformarsi alle nuove disposizioni a tal fine distinguendo:

1) cessazione al 31.12.2011 degli affidamenti fatti a società miste in cui nonostante il socio sia stato scelto in base a procedure ad evidenza pubblica, queste ultime non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso *"la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio"* (co. 8, lett. b) art. 23 bis);

2) cessazione alla scadenza contrattuale degli affidamenti effettuati in favore di società miste nelle quali il socio privato sia stato scelto con procedure ad evidenza pubblica che abbiano avuto *"ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio"* (co. 8, lett. c), art. 23 bis);

3) cessazione a far data dal 31.12.2010 degli affidamenti in favore di società miste in cui il socio privato non sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica (co. 8, lett. e, art. 23 bis).

«.....GA.....»

<sup>7</sup> Secondo l'interpretazione giurisprudenziale tale divieto opera sia nell'ipotesi di partecipazione diretta sia in quella di partecipazione indiretta degli enti pubblici a società, non potendosi consentire che attraverso lo schermo della creazione di una società di secondo grado vengano sostanzialmente elusi i limiti derivanti dalla vigente legislazione (CdS, Sez. VI, 7.10.2008, n. 4829, TAR Lombardia, Milano, 31.1.2007, n. 140, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture parere n. 42 del 25.2.2010).

<sup>8</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. I, sentenza 11.1.2010, n. 8, sentenza afferente una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio comunale di verifica degli impianti termici siti sul territorio comunale nella quale si legge altresì: *"Del resto se non si ritenga condivisibile tale soluzione interpretativa, occorrerebbe ammettere che il divieto introdotto dal comma 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 a questa appare una lettura inaccettabile poiché priva la disposizione in esame di qualsiasi significato normativo"*; TAR Sardegna, Sez. I, 11.7.2008, n. 1371

# PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **L'ART. 49 DEL D.L. 31.5.2010, N. 78 HA NOVELLATO GLI ARTT. 14 E SS. DELLA L. 7.8.1990, N. 241 SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, DEDICATI ALLA CONFERENZA DI SERVIZI**

*Il d.l. 31.5.2010, n. 78, nel dettare “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica” (cd. “Manovra finanziaria 2010”), ha apportato, tramite il suo art. 49, alcune modifiche alla disciplina dell’istituto della conferenza di servizi di cui agli artt. 14 e ss. della l. 7.8.1990, n. 241 (recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”).*

All’interno della “manovra finanziaria 2010” predisposta dal governo con il d.l. 31.5.2010, n. 78, è contenuto l’art. 49 che ha dettato “Disposizioni in materia di conferenza di servizi”, innovando in più parti la relativa disciplina prevista agli artt. 14 e ss. della l. n. 241/1990.

- Art. 14.

Al co. 1 la locuzione “l’amministrazione procedente indice di regola” è stata sostituita con la seguente: “l’amministrazione procedente può indire”.

Al co. 2, poi, è stata introdotta una nuova ipotesi nella quale è possibile indire una conferenza di servizi: “nei casi in cui è consentito all’amministrazione procedente di provvedere direttamente in assenza delle determinazioni delle amministrazioni competenti”.

- Art. 14 ter.

Al co. 2, è stata disciplinata una particolare ipotesi di rinvio, su richiesta delle amministrazioni convocate, della prima riunione della conferenza di servizi: “La nuova data della

*riunione può essere fissata entro i quindici giorni successivi nel caso la richiesta provenga da un’autorità preposta alla tutela del patrimonio culturale. I responsabili degli sportelli unici per le attività produttive e per l’edilizia, ove costituiti, o i comuni concordano con i Soprintendenti territorialmente competenti il calendario, almeno trimestrale, delle riunioni delle conferenze di servizi che coinvolgano atti di assenso o consultivi comunque denominati di competenza del Ministero per i beni e le attività culturali.”.*

Sono stati, quindi, inseriti due nuovi commi. Il 3 bis, ai sensi del quale: “In caso di opera o attività sottoposta anche ad autorizzazione paesaggistica, il soprintendente si esprime, in via definitiva, in sede di conferenza di servizi, ove convocata, in ordine a tutti i provvedimenti di sua competenza ai sensi del d. lgs. 22.1.2004, n. 42.”. Ed il 4 bis, per cui: “Nei casi in cui l’intervento oggetto della conferenza di servizi è stato sottoposto positivamente a valutazione ambientale strategica (VAS), i relativi risultati e prescrizioni, ivi compresi gli adempimenti di cui ai coo. 4 e 5 dell’art. 10 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, devono essere utilizzati, senza modificazioni, ai fini della VIA, qualora effettuata nella medesima sede, statale o regionale, ai sensi dell’art. 7 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152.”.

Di seguito, è stato sostituito il co. 6-bis, che adesso così recita: “All’esito dei lavori della conferenza, e in ogni caso scaduto il termine di cui ai coo. 3 e 4, l’amministrazione procedente, in caso di VIA statale, può adire direttamente il consiglio dei ministri ai sensi dell’art. 26, co. 2, del d. lgs. 30.4.2006, n. 152; in tutti gli altri casi, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede, adotta la determinazione motivata di

*conclusione del procedimento che sostituisce a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza. La mancata partecipazione alla conferenza di servizi ovvero la ritardata o mancata adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento sono valutate ai fini della responsabilità dirigenziale o disciplinare e amministrativa, nonché ai fini dell'attribuzione della retribuzione di risultato. Resta salvo il diritto del privato di dimostrare il danno derivante dalla mancata osservanza del termine di conclusione del procedimento ai sensi degli artt. 2 e 2 bis.”.*

*E’ stato, infine, precisato il contenuto del successivo co. 7, ricomprendendo le amministrazioni “preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA, paesaggistico-territoriale” tra quelle per le quali si considera acquisito l’assenso qualora il “rappresentante, all’esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell’amministrazione rappresentata”.*

*Da ultimo, è stato soppresso il co. 9 – ai sensi del quale “Il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva di cui al co. 6-bis sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza” – il cui contenuto è stato, come si è visto, sostanzialmente trasfuso nel nuovo testo del co. 6 bis.*

*- Art. 14 quater.*

*E’ stato precisato il contenuto del co. 1, ricomprendendo le amministrazioni “preposte alla tutela ambientale, fermo restando quanto previsto dall’art. 26 del d. lgs 3.4.2006, n. 152, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità” tra quelle il cui dissenso “a pena di inammissibilità, deve essere manifestato nella conferenza di servizi, deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza medesima e*

*deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell’assenso”.*

*I coo. 3, 3 bis, 3 ter e 3 quater, in punto di motivato dissenso, sono stati sostituiti dal seguente: “Al di fuori dei casi di cui all’art. 117, co. 8, della costituzione, e delle infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, di cui alla parte seconda, titolo terzo, capo quarto del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni, nonché dei casi di localizzazione delle opere di interesse statale, ove venga espresso motivato dissenso da parte di un’amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, la questione, in attuazione e nel rispetto del principio di leale collaborazione e dell’art. 120 cost., è rimessa dall’amministrazione procedente alla deliberazione del consiglio dei Ministri, che si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la regione o le regioni e le province autonome interessate, in caso di dissenso tra un’amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, ovvero previa intesa con la regione e gli enti locali interessati, in caso di dissenso tra un’amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali. Se l’intesa non è raggiunta nei successivi trenta giorni, la deliberazione del consiglio dei Ministri può essere comunque adottata. Se il motivato dissenso è espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, il consiglio dei Ministri delibera in esercizio del proprio potere sostitutivo con la partecipazione dei Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate”.*

*- Art. 29.*

*Al co. 2 ter, le disposizioni in tema di conferenza di servizi sono state inserite, a fianco di quelle concernenti la dichiarazione di inizio attività ed il silenzio assenso, tra quelle che “Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, co. 2, lett. m), della Costituzione” (Red. Federico Mazzella).*

«..... GA .....»



**L'ACCESSO ALLE INFORMAZIONI AMBIENTALI PUÒ ESSERE ESERCITATO DA CHIUNQUE SENZA CHE DEBBA DIMOSTRARSI LA SUSSISTENZA DI UN INTERESSE GIURIDICAMENTE RILEVANTE**

*L'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali non si assoggetta ai limiti soggettivi e oggettivi propri dell'accesso ai documenti amministrativi, nel senso che 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. 241/1990 "potendo riguardare anche informazioni da elaborare appositamente, e non soltanto documenti già formati ed esistenti presso l'amministrazione" (cfr., sul punto, Tar Campania, Sez. V, 12.1.2010, n. 68).*

*Resta tuttavia fermo che deve pur sempre trattarsi, ex art. 1 del d. lgs. n. 195/2005, di informazioni ambientali detenute dalle autorità pubbliche e concernenti lo stato degli elementi dell'ambiente, i fattori che incidono o possono incidere sui suoi elementi, le misure,*

*anche amministrative che incidono o possono incidere sui ripetuti elementi e fattori e così via seguendosi l'elencazione di cui all'art. 2 del decreto cennato (TAR Campania, 31.3.2010 n.1752).*

«..... GA.....»

**CONFERENZA DEI SERVIZI: UNICO REFERENTE ED INTERLOCUTORE PER IL CITTADINO È IL RESPONSABILE DEL COMPLESSIVO PROCEDIMENTO**

*Il provvedimento finale di una conferenza di servizi rappresenta non solo una sorta di momento meramente riepilogativo (e dichiarativo) delle determinazioni assunte in sede di Conferenza, ma un vero e proprio momento costitutivo delle determinazioni conclusive del procedimento.*

*In tal modo il cittadino interessato dal procedimento di cui agli artt. 14 ss. l. 241/90 ha come proprio referente ed interlocutore il solo responsabile del complessivo procedimento e, quindi, una sola amministrazione.*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IMMUNITÀ EX ART. 122 CO. 4 DELLA COSTITUZIONE PER IL CONSIGLIERE REGIONALE CHE ESTERNALIZZA L'INCARICO PER LA RIORGANIZZAZIONE DEL CONSIGLIO REGIONALE

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

*La Magistratura contabile difetta di giurisdizione nei confronti dei consiglieri regionali che hanno deliberato di conferire ad un professionista esterno l'incarico di consulenza per un progetto di organizzazione della struttura del Consiglio regionale.*

*La posizione del Direttore Generale presso il consiglio regionale che ha svolto l'istruttoria della deliberazione.*

Nonostante le professionalità presenti nell'organigramma della regione Basilicata (9 dirigenti e 46 funzionari direttivi con profilo amministrativo) è stato ritenuto legittimo dalla Corte dei Conti (C. conti, Basilicata, 23.3.2010, n. 91) l'incarico per la riorganizzazione del Consiglio regionale conferito ad un avvocato esterno a detto organigramma.

La Procura regionale della Corte dei Conti per la Basilicata aveva chiesto la condanna dei componenti dell'ufficio di Presidenza che adottarono tale delibera, nonché del Direttore Generale per aver partecipato attivamente alla vicenda del conferimento attraverso l'istruttoria e la proposta di deliberazione. Da qui la richiesta del risarcimento del danno procurato alla regione.

L'assunto della Procura si radicava sostanzialmente:

- nella violazione dell'art. 7, co. 6 d. lgs. 165/2001 difettando, nella fattispecie, il presupposto dell'assenza delle risorse umane all'interno dell'amministrazione regionale "in grado sotto il profilo quali-quantitativo di svolgere l'attività affidata al consulente esterno";

- nel "carattere ordinario" della delibera, che non implicava la soluzione di problematiche di particolare complessità, tali da giustifi-

care il ricorso ad un consulente esterno;

- nella circostanza che l'ipotesi di riassetto degli uffici elaborata dal consulente esterno cui venne conferito l'incarico, non avesse tenuto in alcun conto gli obiettivi di contenimento della spesa per il personale.

Le argomentazioni della Procura sono state disattese.

In accoglimento della eccezione sollevata dalla difesa di uno dei consiglieri regionali, secondo la quale l'immunità costituzionalmente garantita dall'art. 122, co. 4 della Costituzione copre l'ufficio di presidenza nella sua unitarietà di organo politico ed amministrativo, la C. conti, con la sentenza in commento 91/2010, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione nei confronti dei consiglieri regionali.

Per costante e pacifica giurisprudenza della C. cost., ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. un., 14.5.2001, n. 200) la tutela privilegiata dall'art. 122, co. 4 della Costituzione, "I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni", apprestata a favore dei consiglieri regionali si riferisce alle funzioni legislative e regolamentari, di indirizzo politico e di controllo, e di autorganizzazione in-

terna, a prescindere dal fatto che tali funzioni si esplicino in atti formalmente amministrativi. La Magistratura contabile, pertanto, non può ingerirsi nel caso di autorganizzazione del consiglio regionale, nè sottoporre a sindacato di ragionevolezza o di opportunità le deliberazioni di spesa concernenti le esigenze funzionali del consiglio medesimo.

L'incarico di consulenza esternalizzato dai consiglieri della regione Basilicata rientra pienamente nell'esercizio della funzione di autorganizzazione interna, per il cui esercizio la l. 853/73, posta proprio a salvaguardia dell'autonomia contabile e funzionale dei consigli regionali, prevede che siano istituiti nel bilancio della Regione appositi capitoli di spesa per *“compensi, onorari e rimborsi per consulenze prestate da enti o privati a favore del consiglio regionale; convegni, indagini conoscitive, studi e ricerche”* (C. conti, cit. e C. cost. 22.10.1999, n. 392).

Al difetto di giurisdizione pronunciato dal Collegio a favore dei consiglieri regionali, si aggiunge la dichiarazione di assoluzione nei confronti del Direttore Generale.

Irrilevante è stata ritenuta dal Collegio la circostanza, invocata dalla Procura, che il Direttore Generale avesse *“partecipato attivamente alla vicenda attraverso la istruttoria e la proposta di deliberazione”* (C. conti, cit.).

Posto come le garanzie costituzionali di cui si è detto siano a tutela esclusiva dell'organo elettivo e non dei funzionari componenti la struttura consiliare, lo svolgimento del ruolo meramente istruttorio svolto dal Dirigente non è stato riconosciuto causativo di responsabilità non avendo egli neanche espresso parere di legittimità.

### Una precisazione.

L'art. 122, co. 4 della cost. non assicura ai Consiglieri regionali una posizione di privilegio traducendosi in una sorta di immunità assoluta. Non ricorre la garanzia costituzionale, infatti, quando le attività dei componenti del consiglio regionale siano completamente avulse dalle funzioni consiliari e da qualsiasi atto tipico svolto dal consigliere nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, ovvero quando le delibere non attengono all'esercizio di funzioni di autorganizzazione dell'assemblea regionale.

Ad esempio è stato ritenuto come la prerogativa della irresponsabilità per le opinioni espresse e della garanzia prevista per le assemblee parlamentari non fosse applicabile ai consiglieri regionali né, a maggior ragione, agli atti formati dai consiglieri regionali nella qualità di assessori, qualora tali atti fossero espressione riconducibile al solo consigliere e non espressione di attività ispettiva o di denuncia politica (Cfr. C. cost., 16.7.2008, n. 279, con nota Avv. Dall'Ozzo su Gazzetta n. 2/2009). Parimenti, è stata esclusa la insindacabilità delle delibere consiliari aventi ad oggetto l'accoglienza parziale degli interessi passivi sui mutui stipulati da deputati regionali e dipendenti dell'assemblea per l'acquisto o la ristrutturazione della prima casa, in quanto dette delibere non attengono all'esercizio di funzioni di autorganizzazione dell'assemblea. La surrichiamata sentenza Cass. sez. un., 14.5.2001, n. 200, infatti, ha ritenuto che *“gli atti in questione non costituiscono atti che riguardano direttamente l'organizzazione degli uffici e dei servizi e le modalità di svolgimento dell'attività dell'assemblea ... (diversamente opinando, ndr) la nozione stessa di atto di autorganizzazione risulterebbe indefinitamente dilatata”*.

«.....GA.....»

## CAUSE DI INCANDIDABILITÀ, INELEGGIBILITÀ E INCOMPATIBILITÀ NEGLI ENTI LOCALI (II^ PARTE)

dell'Avv. Gianluca Piccinni

1. Cause di incompatibilità ex art. 63 TUEL – 2. Incompatibilità tra consigliere comunale e provinciale e assessore nella rispettiva giunta; 3. Incompatibilità per consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale; 4. Procedimento di contestazione causa di incompatibilità; 5. Rimozione causa di incompatibilità 6. Casistica giurisprudenziale.

### Le cause di incompatibilità.

Tra le ipotesi di incompatibilità elencate nell'art. 63 TUEL rientrano sia le cause ostative derivanti dal ricoprire cariche od uffici che possono creare situazioni di conflitto di interesse tra ente ed eletto, il quale verrebbe a trovarsi nella posizione di controllore e di controllato, di sovvenzionante e di sovvenzionato, sia determinate situazioni che potrebbero pregiudicare gli interessi dell'ente, in quanto il consigliere, approfittando della carica rivestita, potrebbe influenzare in qualche modo la volontà dell'amministrazione elettiva di cui fa parte.

In sintesi, con le cause d'incompatibilità si vuole impedire che l'eletto possa trovarsi in conflitto con l'ente, in quanto portatore di interessi propri o di congiunti, che contrastano con quelli della pubblica amministrazione in cui si svolge il mandato.

L'incompatibilità si verifica solo a seguito dell'elezione e determina l'impossibilità giuridica di conservare un ufficio o una carica, ai quali si è stati validamente eletti e, pertanto l'interessato ha interesse a rimuoverle, anche in sede di convalida, con le modalità che esamineremo nel prosieguo.

Non può ricoprire la carica di sindaco, Presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale:

1) l'amministratore o il dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento di ente, istituto o azienda soggetti a vigilanza, in cui vi sia almeno il 20 per cento di partecipazione rispettivamente da parte del comune o della provincia o che dagli stessi riceva, in via continuativa, una sovvenzione in tutto o in parte facoltativa, quando la parte facoltativa superi nell'anno il 10 per cento del totale delle entrate dell'ente;

2) colui che, come titolare, amministratore, dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento ha parte, direttamente o indirettamente, in servizi, esazioni di diritti, somministrazioni o appalti, nell'interesse del comune o della provincia, ovvero in società ed imprese volte al profitto di privati, sovvenzionate da detti enti in modo continuativo, quando le sovvenzioni non siano dovute in forza di una legge dello Stato o della regione. Detta ipotesi non si applica a coloro che fanno parte di cooperative o consorzi di cooperative iscritte regolarmente nei registri pubblici.

3) il consulente legale, amministrativo e tecnico che presta opera in modo continuativo in favore delle imprese di cui ai punti 1) e 2);

4) colui che ha lite pendente, in quanto parte di un procedimento civile od amministrativo, rispettivamente, con il comune o con la provincia.

La pendenza di una lite in materia tributaria ovvero di un'azione popolare ex art. 9 TUEL non determina incompatibilità.

La lite promossa a seguito o in conseguente di una sentenza di condanna determina incompatibilità soltanto nel caso di affermazione di responsabilità con sentenza passata in giudicato, mentre la costituzione di parte civile nel processo penale non costituisce causa di incompatibilità. La presente causa d'incompatibilità si applica anche ai procedimenti in corso e agli amministratori per fatto connesso con l'esercizio del mandato;

5) colui che, per fatti compiuti allorchè era amministratore o impiegato, rispettivamente del comune o della provincia ovvero di istituto o azienda da esso dipendente o vigilato, è stato, con sentenza passata in giudicato, dichiarato responsabile verso l'ente, istituto od azienda e non ha ancora estinto il debito;

6) colui che, avendo un debito liquido ed esigibile, rispettivamente verso il comune o la provincia o verso istituto od azienda da essi dipendenti è stato legalmente messo in mora ovvero, avendo un debito liquido od esigibile per imposte, tasse e tributi nei riguardi di detti enti, abbia ricevuto la notifica dell'avviso *ex art. 46 d.P.R. 602/73*;

7) colui che nel corso del mandato, viene a trovarsi in una condizione di ineleggibilità prevista nei precedenti articoli.

### **Incompatibilità tra consigliere comunale e provinciale e assessore nella rispettiva giunta.**

La carica di Assessore è incompatibile con la carica di Consigliere comunale e provinciale. Qualora un consigliere comunale o provinciale assuma la carica di assessore nella rispettiva giunta, cessa dalla carica di consigliere all'atto dell'accettazione della nomina, ed al suo posto subentra il primo dei non eletti.

Le disposizioni di cui ai precedenti punti 5) e 6), non si applicano ai comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti.

Non possono far parte della giunta, il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i parenti e gli affini fino al terzo grado, rispettivamente, del sindaco e del presidente della provincia.

### **Incompatibilità per consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale.**

Il Presidente e gli Assessori provinciali, nonché il sindaco e gli assessori dei comuni compresi nel territorio della regione, sono incompatibili con la carica di consigliere regionale.

Le cariche di consigliere provinciale, comunale e circoscrizionale sono incompatibili rispettivamente, con quello di consigliere provinciale di altra provincia, di consigliere comunale di altro comune, di consigliere circoscrizionale di altra circoscrizione.

La carica di consigliere comunale è incompatibile con quella di consigliere di una circoscrizione del comune.

Infine, la carica di direttore generale, di direttore amministrativo e di direttore sanitario delle aziende sanitarie locali e ospedaliere è incompatibile con quella di consigliere pro-

vinciale, di sindaco e di assessore comunale, di presidente o di assessore della comunità montana.

### **La rimozione delle cause di incompatibilità.**

Le cause di incompatibilità previste nei precedenti punti 1, 2, 4, non hanno effetto se l'interessato cessa dalle funzioni per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, collocamento in aspettativa non retribuita non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature.

La decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale, può essere promossa in prima istanza da qualsiasi cittadino elettore del comune, o da chiunque altro vi abbia interesse davanti al tribunale civile, con ricorso da notificare all'amministratore ovvero agli amministratori interessati, nonché al sindaco o al presidente della provincia. La cessazione dalle funzioni deve aver luogo entro dieci giorni dalla data in cui è venuta a concretizzarsi la causa di ineleggibilità o di incompatibilità.

### **Procedimento di contestazione della causa d'incompatibilità.**

La contestazione sulle cause d'incompatibilità spetta al consiglio, mentre l'amministratore locale ha dieci giorni di tempo per formulare osservazioni o per eliminare la causa d'incompatibilità.

Nel caso di proposizione di un ricorso volto all'accertamento di tale causa di incompatibilità, il termine di dieci giorni sopra indicato decorrerà dalla data di notificazione del ricorso. Nei dieci giorni successivi alla scadenza del menzionato termine, il consiglio delibera in maniera definitiva e ove ritenga sussistere la causa d'incompatibilità, invita l'amministratore a rimuoverla o ad esprimere, se del caso, l'opzione per la carica da conservare.

Se nel successivo termine di dieci giorni da detta delibera, l'amministratore non provveda alla rimozione della causa di incompatibilità, il Consiglio lo dichiara decaduto.

### **Casistica giurisprudenziale.**

a) Con riferimento alla causa d'incom-

patibilità prevista all'art. 63, n. 1 del TUEL, la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che la *ratio* di detta disposizione (che stabilisce che “non può ricoprire la carica di consigliere comunale l'amministratore o il dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento di ente, istituto o azienda soggetti a vigilanza, rispettivamente da parte del comune o della provincia o che dagli stessi riceva, in via continuativa, una sovvenzione in tutto o in parte facoltativa, quando la parte facoltativa superi nell'anno il dieci per cento del totale delle entrate dell'ente”), è quella di “evitare che il consigliere municipale cumuli funzioni inerenti alla tutela di interessi in potenziale conflitto con quelli del comune”<sup>1</sup>. Siffatta situazione, continua la Suprema Corte, non viene a determinarsi nel caso in cui sia stato costituito un consorzio obbligatorio tra gli enti territoriali, per il potenziamento ed il miglioramento di attività e servizi pubblici che non possono essere proficuamente gestiti dal singolo comune, e dove “il concorso dei partecipanti nell'adozione delle delibere consortili è fisiologico e non esprime un potere di vigilanza”, sicchè, tale tipo di rapporto non configura “l'ingerenza o la vigilanza di fatto ex art. 63, co.1, n. 1, d.lgs. n. 267/2000”.

Diversa è l'ipotesi del rapporto tra comuni ed enti esercitanti il servizio di tesoreria perchè in tal caso si configura una situazione di vigilanza amministrativa che può determinare, qualora si cumulino nella stessa persona le cariche di consigliere comunale e di amministratore o di dipendente con poteri di rappresentanza e coordinamento dell'ente cui è affidato il predetto servizio, l'ipotesi di incompatibilità prevista dall'art. 63, co. 1, n. 1 del TUEL.<sup>2</sup> Sul punto si è di recente espressa la Cassazione confermando il menzionato principio secondo cui in materia di elezione alla carica di consigliere comunale, sussiste l'incompatibilità di cui all'art. 63, co. 1, n. 1, TUEL, nel testo vigente anteriormente alla modificazione della norma da parte dell'art. 14 *decies* d.l. 30/06/2005 n. 115, nel caso del dipendente, che sia titolare di poteri di coor-

dinamento, di una banca di credito cooperativo, affidataria del servizio di tesoreria comunale del comune al quale si riferisce l'elezione<sup>3</sup>.

b) L'altra ipotesi ricorrente è quella dell'incompatibilità ex art. 63, n. 4, d.lgs. n. 267/00 (lite pendente, in quanto parte di un procedimento civile o amministrativo con il Comune).

La Cassazione ha individuato il significato da attribuire alla nozione di “parte” al fine di stabilire in che casi si possa verificare l'incompatibilità con la carica di Sindaco; se debba privilegiarsi un'accezione di “parte”, in senso sostanziale, ossia quale “soggetto nel cui patrimonio si riverseranno gli effetti positivi o negativi della lite” o un'accezione di parte, in senso tecnico.

Intanto occorre ricordare che la Cassazione aveva già in precedenza stabilito<sup>4</sup>, stabilito che l'indagine sull'esistenza di una lite da parte del giudice, non doveva fermarsi al mero dato formale della pendenza del giudizio, ma occorreva indagare se il contenzioso si fosse esaurito in concreto, a causa di transazione o rinuncia al giudizio, o per manifesta infondatezza, per difetto del *petitum* o della *causa petendi*, o ancora per il caso in cui fosse stato adito un giudice privo di giurisdizione<sup>5</sup>. Non è possibile dare un'interpretazione estensiva della nozione di parte, ma deve privilegiarsi la nozione tecnica, dunque la nozione di “parte” intesa in senso processualistico (e, nel caso in esame, la Suprema corte ha inteso valorizzare il diritto di elettorato). Le parti del processo andranno individuate “in quei soggetti (attore, convenuto, interveniente volontario o coatto), i quali, a seguito del compimento di determinati atti processuali (proposizione della domanda, costituzione nel processo) assumono quella qualità e la conseguente titolarità all'esercizio di una serie di poteri e facoltà processuali, finalizzati a dare impulso ed a consentire lo svolgimento della vicenda processuale e la produzione di una serie di effetti dei quali gli stessi soggetti sono destinatari immediati, a prescindere dall'effettiva titolarità del diritto o rapporto

<sup>1</sup> Cass., I, 10.7.2004, n. 12807

<sup>2</sup> Cass. 1465/95;

<sup>3</sup> Cass., 31.3.2008, n. 8387

<sup>4</sup> Cass., 26.7.2000, n. 9789

<sup>5</sup> Cass., 26.7.2000, n. 9789



*giuridico sostanziale controverso e quindi all'esito della lite*"<sup>6</sup>

Problema particolare da affrontare è quello della validità degli atti posti in essere per la rinuncia alla lite.

In proposito è stato dalla Cassazione stabilito che al fine di effettuare una valida ed efficace rimozione della causa in questione è sufficiente che *“il soggetto ponga in essere atti idonei - anche se non formalmente perfetti rispetto alla specifica disciplina che li regola – a far venir meno l'incompatibilità di interessi realizzatasi a seguito della instaurazione della lite”*.

La Cassazione stabilisce, dunque, che al fine di rimuovere la causa di incompatibilità per lite pendente *“è necessario e sufficiente che il consigliere manifesti formalmente la propria volontà, volta in modo inequivocabile al sostanziale ed incondizionato abbandono della lite stessa, comunicandola al giudice investito della controversia”*.

In sintesi, la pendenza di una lite cessa solo allorchè il processo venga definito con una sentenza non più suscettibile di impugnazione ordinaria, sicchè il giudizio deve ritenersi pendente sino a quando non sia decorso il termine per la proposizione dell'appello, salva la ipotesi di pronuncia di estinzione del giudizio per rinuncia accettata dalla controparte, cui non è equiparabile la sentenza che dichiara la cessazione della materia del contendere.

Quest'ultima tipologia di decisione postula che il Giudice, constatato che non vi è più interesse ad una pronuncia sul merito della domanda, si pronunci, salva diversa concorde richiesta delle parti, anche in ordine alla liquidazione delle spese, previa valutazione della soccombenza virtuale. Tale valutazione ben può essere oggetto, a sua volta, di contestazione, con conseguente ammissibilità di impugnativa sul punto. Ne deriva che, in detta ipotesi, solo l'inutile decorso del termine per il gravame determina la definizione del giudizio.<sup>7</sup>

Chiariti gli aspetti procedurali, va rilevato che di recente, la Cassazione<sup>8</sup>, nel prevedere, tra le ipotesi che impediscono di ricoprire la

carica pubblica, anche la pendenza di una lite civile od amministrativa con il comune, esclude l'incompatibilità quando la controversia riguardi un fatto connesso con l'esercizio del mandato.

Rientra in tale previsione normativa la pendenza di una lite relativa al rimborso delle spese sostenute dal pubblico amministratore per difendersi in un procedimento penale per peculato, anche se quest'ultimo si sia concluso con assoluzione per l'assenza del requisito della correlazione con l'attività istituzionale, in quanto l'elemento discriminante ai fini della configurabilità del fatto connesso con l'esercizio del mandato deve essere individuato con riferimento alla contestazione del reato proprio e non alla decisione, a nulla rilevando che l'assenza di abuso delle pubbliche funzioni sia accertata all'esito del giudizio.

Infine, va segnalata un'interessante ordinanza del Tar Puglia<sup>9</sup>, con la quale il Giudice Amministrativo, chiamato a pronunciarsi sull'annullamento della delibera di decadenza dalla carica di consigliere, per incompatibilità, ha sospeso il giudizio, ordinando la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, per la definizione della questione della costituzionalità, per contrasto con gli artt. 3, 24, 101, 103, 111 e 113 cost., dell'art. 69, co. 5 del TUEL, nella parte in cui devolve al tribunale ordinario la tutela giurisdizionale, nonché della questione di legittimità costituzionale, nella parte in cui prevede, anche agli effetti di cui al successivo art. 68, co. 2, che, colui il quale ha una lite pendente, in quanto parte di un procedimento civile (od amministrativo), con il comune, è incompatibile con la carica di consigliere comunale.

La C. cost., però, con sentenza n. 377/08 ha dichiarato inammissibile le questioni sollevate dal Tar Puglia ritenendo che i parametri costituzionali evocati siano inconferenti e le relative censure siano prive di motivazione.

Inoltre – a detta della Corte – il fatto che venga emanato un provvedimento amministrativo per dichiarare la decadenza dell'amministratore locale non è sufficiente di per sé ad escludere la sussistenza di diritti soggettivi

<sup>6</sup> Cass. 19.5.2001, n. 6880

<sup>7</sup> Cass., n. 5211/08

<sup>8</sup> Cass. civ., I, 8.7.2009, n. 16053

<sup>9</sup> TAR Puglia, Sez. Lecce [ord.], 29.12.2007



vi, sui quali detto provvedimento possa incidere. In altre parole, i provvedimenti che dichiarano la decadenza dell'amministratore lo-

cale incidono sul diritto di elettorato passivo e dunque la cognizione spetta comunque al Giudice ordinario.

«.....GA:.....»

## L'ENERGIA NUCLEARE TRA STATO E REGIONI (E DISCORSO PUBBLICO)<sup>1</sup>

*La nuova strategia energetica del Governo prevede il ritorno della produzione di energia nucleare in Italia. Non pochi, però, sono i problemi da superare, soprattutto nel rapporto tra Stato e autonomie territoriali.*

*del Prof. Raffaele Bifulco*

<sup>1</sup> Intervento presentato al Convegno su *Il diritto dell'energia nucleare*, organizzato dalla Conferenza annuale di diritto dell'energia, a Roma, 28 e 29 aprile 2010.

La delega legislativa in materia di produzione di energia elettrica nucleare, contenuta nell'art. 25, co. 2, e nell'art. 26 l. 99/2009 è stata oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale da parte di diverse Regioni. E' molto probabile che anche il d. lgs. 31/2010, attuativo della delega e recante «*disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionali di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagna informative al pubblico, a norma dell'art. 25 della l. 23.7.2009, n. 99*», sarà oggetto di censure da parte del fronte regionale.

Le brevi riflessioni che seguono non hanno certo la pretesa di risolvere le questioni sollevate dalle regioni. Esse rappresentano solo un contributo ad una corretta definizione dei problemi competenziali sollevati dalla disciplina citata, alla luce dell'attuazione che ne è stata data attraverso il d. lgs. 31/2010. Fuori dal campo di osservazione resta pure il merito della scelta nucleare.

I ricorsi regionali hanno ricondotto la disciplina normativa impugnata alla materia «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*», attribuita dall'art. 117, co. 3, cost., alla potestà concorrente di Stato e regioni. Alcune regioni, pur ritenendo applicabile il meccanismo della chiamata in sussidiarietà delle funzioni amministrative in materia,

hanno ritenuto illegittima la legge di delega nella parte in cui non ha imposto al legislatore delegato il rispetto di quei meccanismi ispirati al principio di leale collaborazione, in particolare dell'intesa in senso *'forte'* in presenza dei quali si giustifica l'attrazione in sussidiarietà. Il precedente della Corte costituzionale contenuto nella sent. 383/2005 rappresenta un punto di forza della tesi regionale.

In effetti la disciplina contenuta nel d. lgs. 31/2010, come si desume dal titolo del decreto medesimo sopra riportato, pare senz'altro rientrare nella materia dell'energia per come essa è disciplinata nell'art. 117, co. 3, cost.. In tal senso depone anche la testuale affermazione contenuta nell'art. 3, co. 2, d. lgs. 31/2010, secondo cui la strategia nucleare rientra nella più ampia strategia energetica nazionale.

Se la Corte dovesse propendere per questa interpretazione, la contesa potrebbe essere risolta in base agli argomenti principali contenuti nella menzionata sent. 383/2005: potere dello Stato di chiamare in sussidiarietà le funzioni amministrative a patto di utilizzare meccanismi ispirati al principio di leale collaborazione.

La questione si sposta allora inevitabilmente sui meccanismi di collaborazione previste dal decreto legislativo attuativo. Viene in gioco, a tal proposito, l'art. 11 del decreto rubricato «*certificazione dei siti*», in cui Stato e regioni trovano la disciplina delle rispettive competenze. In sintesi il meccanismo coope-

rativo funziona così: il Ministro dello sviluppo economico sottopone ciascuno dei siti certificati all'intesa della regione interessata; in caso di mancata intesa si costituisce un comitato interistituzionale, composto in maniera paritaria da rappresentanti dello Stato e della regione (nonché del comune interessato); le modalità di funzionamento del Comitato sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, previo parere della Conferenza unificata; se per un qualsiasi motivo non si arriva all'intesa, questa è sostituita da un d.P.R., previa delibera del consiglio dei Ministri, integrato con partecipazione della regione interessata. L'elenco dei siti - sui quali è stata raggiunta l'intesa ovvero adottato il decreto sostitutivo di intesa - viene poi inviato alla Conferenza Unificata, chiamata ad esprimere la propria intesa; in mancanza di quest'ultima il Consiglio dei Ministri provvede con deliberazione motivata.

Il procedimento appare inevitabilmente complesso e irrigimentato. Tuttavia quell'attività di codeterminazione connessa all'intesa, che, in base alla giurisprudenza costituzionale, deve essere garantita alla Regione, non pare illegittimamente compressa: il decreto sostitutivo soddisfa quei requisiti che l'art. 3 d. lgs. 281/1997 e la Corte costituzionale ritengono necessari al fine di evitare illegittime compressioni dell'autonomia regionale. In una recentissima sentenza la Corte ha indicato proprio nell'art. 3 d. lgs. 281/1997 - nella parte in cui prevede la deliberazione motivata del consiglio dei Ministri sostitutiva della mancata intesa - *“una norma di chiusura”* del *“sistema dei rapporti tra Stato e Regioni, in cui sono da integrare la potestà unificatrice del primo e le autonomie costituzionalmente tutelate delle seconde”* (sent. 121/2010, cons. in dir. 9). La deliberazione motivata, che il d. lgs. 281/1997 richiede per superare la mancata intesa, è in effetti riprodotto nell'art. 11, co. 6, del d. lgs. 31/2010, che prevede anche la partecipazione del presidente della regione interessata.

La logica sostitutiva trova poi un proprio ulteriore fondamento costituzionale nella clausola dell'«unità economica», di cui all'art. 120, co. 2, cost..

A questo punto conviene però chiedersi se

questa sia l'unica strada per impostare correttamente la questione dei rapporti tra Stato e regioni nell'ambito della disciplina dell'energia nucleare.

Bisogna domandarsi, in altri termini, se la strada passi necessariamente attraverso la materia dell'energia per come è disciplinata nell'art. 117, co. 3, cost..

Senza voler riprendere le pur giuste critiche che la dottrina ha mosso alla collocazione di questa materia all'interno della potestà legislativa concorrente, parlando di errore materiale e di incongruenze, non si crede di errare dicendo che né il legislatore costituzionale, allorché ha riscritto l'art. 117 cost., né la Corte costituzionale, allorché ha interpretato l'art. 117 nella parte che rileva in questa sede, avessero in mente la disciplina dell'energia nucleare. Naturalmente quanto appena affermato non può essere un argomento decisivo, se non a patto di disconoscere il fenomeno dell'*entfremdung* della norma rispetto alla disposizione.

E tuttavia la disciplina dell'energia nucleare contiene delle specificità e soprattutto delle 'esternalità' di carattere ambientale, sociale, di sicurezza, culturale tali da non poter essere accomunata alla disciplina di una qualsiasi altra fonte di energia. A tale proposito gli esperti di energia nucleare ragionano dell'energia nucleare come di un'energia sistemica, vale a dire di un'energia complessa dal punto di vista organizzativo (L. De Paoli, *L'Italia e l'opzione nucleare*, in *Italianieuropei*, 4, 2008, 136). Rispetto a tali caratteristiche riesce difficile mantenere ferma anche la statuizione della Corte relativa alla riferibilità dell'art. 117, co. 3, Cost. - nella parte in cui disciplina la materia dell'energia - a qualunque fonte di energia (sent. 383/2005, cons. in dir. 13).

In ogni caso, al di là di queste osservazioni, indicazioni più concrete ai fini di una differente impostazione della questione provengono dai contenuti del d. lgs. 31/2010. A tal proposito appare rilevante l'esame dell'art. 3 che disciplina la strategia del Governo in materia nucleare. Nel documento programmatico che delinea gli obiettivi strategici in materia nucleare un ruolo prioritario è assegnato alla protezione dalle radiazioni ionizzanti e alla

sicurezza nucleare (art. 3, co. 1).

Se poi si passa all'esame dei contenuti della Strategia nucleare del Governo, per come indicata dall'art. 3, co. 3, ci si accorge in concreto che le implicazioni della produzione di energia nucleare sono molto differenziate e comunque non coincidono con quelle solitamente chiamate in gioco dalla produzione di altre fonti energetiche. I contenuti della strategia toccano dunque le seguenti materie:

- aspetti di sicurezza nucleare ambientale, locuzione che pare inglobare profili materiali attinenti sia alla sicurezza come ordine pubblico sia alla tutela dell'ambiente (lett. a, d, g);
- aspetti economici, relativi ai benefici attesi in termini di sicurezza degli approvvigionamenti (lett. b), e aspetti di politica industriale (lett. h);
- rapporti internazionali (lett. e);
- aspetti propri della produzione di energia (lett. c, l);
- aspetti più prettamente gestionali (lett. f, i).

In sintesi l'obiettivo principale, almeno nelle intenzioni del Governo, appare essere l'utilizzazione dell'energia nucleare come fattore di stabilizzazione del prezzo dell'energia e di sicurezza negli approvvigionamenti di energia. Ciò è del resto in linea con le indicazioni che provengono dal livello comunitario, che notoriamente, nel campo dell'energia nucleare, non sono vincolanti in quanto la scelta di ricorrere all'energia nucleare è lasciata alla competenza degli Stati membri. Tuttavia le linee di sviluppo della politica energetica europea sottolineano il ruolo del nucleare come fattore di stabilizzazione del prezzo e sicurezza negli approvvigionamenti nonché di riduzione delle emissioni di gas serra.

Può dunque osservarsi che attraverso la disciplina legislativa in esame il Governo si propone chiaramente di incidere sul sistema economico nazionale. Le misure riguardano la produzione di energia ma la strategia nucleare appare - giusto o sbagliato che sia, non interessa - una "*scelta fondamentale di politica economica*" dello Stato (per usare le parole della Corte costituzionale nella sent. 14/2004, cons. in dir. 6.2). Dunque un titolo di competenza che, soprattutto attraverso la

materia della tutela della concorrenza, rientra nell'art. 117, co. 2, lett. e), cost..

Accanto a questo obiettivo principale, poi, la disciplina dell'energia nucleare tocca - sia nella fase della produzione e ancor più in quella dello stoccaggio - la materia della sicurezza e della tutela ambientale, anch'esse notoriamente titoli di legittimazione rientranti nell'art. 117, co. 2, cost..

Per completezza si ricorda che l'art. 4 (auto) qualifica la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari come «*attività di preminente interesse nazionale*».

In conclusione questa breve rassegna dei contenuti della strategia nucleare conferma che, dal punto di vista materiale, contenutistico, la disciplina dell'energia nucleare chiama in gioco diversi titoli di legittimazione competenziale, rientranti nell'ambito sia della potestà esclusiva statale (tutela della concorrenza, sicurezza, tutela dell'ambiente) sia della potestà concorrente (energia ma anche governo del territorio). Tuttavia, in ragione delle implicazioni tecniche e del carattere sistemico dell'energia nucleare, sembrano prevalere decisamente i titoli di legittimazione competenziale spettanti alla potestà legislativa esclusiva statale.

A conclusione di queste brevi considerazioni residua un dubbio, che tuttavia attiene alla politica del diritto più che al diritto positivo e che si prova a formulare nei termini seguenti: in ragione degli effetti sulla sicurezza ambientale dei cittadini, sull'ambiente in sé e sulle generazioni future la materia nucleare può essere lasciata alle politiche di maggioranza? Si ritiene che su politiche pubbliche di tale rilievo l'opinione pubblica dovrebbe essere maggiormente coinvolta.

Le modalità sono principalmente di due tipi. La prima possibilità consiste in un coinvolgimento della sfera pubblica in una fase, per così dire, antecedente alla decisione sull'opzione nucleare. Attraverso un dibattito pubblico preventivo le forze politiche di uno Stato democratico, territorialmente composto, possono così più legittimamente convergere sull'opportunità di una espressa previsione costituzionale di un titolo di legittimazione in materia nucleare. È questo il percorso seguito nell'ordinamento costituzionale tedesco in cui

una sfera pubblica particolarmente sensibile ha spinto i partiti politici ad un'esplicita previsione costituzionale con la quale la materia nucleare è stata dapprima attribuita alla competenza concorrente (nel 1959) e poi a quella esclusiva della Federazione (nel 2006).

L'altra possibilità consiste nella ricerca di una partecipazione della sfera pubblica in una fase successiva rispetto alla decisione sull'opzione nucleare, come avviene negli Stati Uniti e in Francia, nelle quali assumono un ruolo particolarmente significativo la previsione di un'autorità amministrativa indipendente competente sulla materia nucleare e

l'esistenza di dibattiti pubblici diretti ad assicurare un'effettiva partecipazione alle decisioni in materia nucleare. Rispetto ad entrambi i modelli la normativa italiana appare estremamente carente. Essa punta soprattutto sugli strumenti dell'informazione al pubblico, in particolare attraverso gli artt. 8, co. 2, 9, co. 2 e 22. È tuttavia molto probabile prevedere che anche se la normativa esaminata supererà gli ostacoli di costituzionalità qui brevemente esaminati, ne incontrerà molti altri, più difficilmente superabili in assenza di strumenti di effettiva partecipazione democratica, nella fase di implementazione.

«.....GA.....»

## GESTIONI LIQUIDATORIE DELLE AZIENDE SANITARIE LOCALI: LA REGIONE SI ACCOLLA I DEBITI PREGRESSI

del Dott. Filippo Barbagallo

Commento alla sentenza n. 108/2010 della Corte Costituzionale

### La sentenza n. 108 del 19.3.2010.

Con ordinanza del 1.9.2009, la Corte d'appello di Trieste, nel corso di un giudizio civile in grado di appello, promosso dalla signora C. T. avverso l'Azienda Ospedaliera "Santa Maria della Misericordia" di Udine (poi, Azienda Ospedaliera Universitaria di Udine "Santa Maria della Misericordia"), per chiedere il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'intervento chirurgico effettuato presso la struttura ospedaliera, in data 21.8.1992, ha sollevato d'ufficio, in riferimento all'art. 117, co. 3, cost. e all'art. 5, numero 16, della l. cost. 31.1.1963, n. 1 (*Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia*), questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, co. 2, della legge della regione Friuli-Venezia Giulia del 26.10.2006, n. 19 (*Disposizioni in materia di salute umana e sanità veterinaria e altre disposizioni per il settore sanitario e sociale, nonché in materia di personale*).

La norma impugnata inserisce il co. 1 bis, dopo il co. 1 dell'art. 4 della legge regionale n. 21/2001, a tenore del quale: "*successivamente alla chiusura delle gestioni liquidatorie delle sopresse unità sanitarie locali, ogni e qualsiasi spesa accertata o riconosciuta, anche in giudizio, per debiti, oneri e risarcimento danni relativi a tali gestioni, fa carico ai bilanci delle aziende sanitarie regionali subentrate alle unità sanitarie locali sopresse ed è esclusa ogni legittimazione passiva, sostanziale e processuale dell'amministrazione regionale, stante la diretta ed esclusiva responsabilità delle aziende sanitarie regionali per le passività delle gestioni liquidatorie*".

Secondo la Corte d'appello rimettente, la disposizione censurata, non assicurando la separazione tra le gestioni liquidatorie delle pregresse unità sanitarie locali (USL) e le attività poste in essere direttamente dalle nuove

aziende sanitarie locali (ASL), con conseguente imputazione a queste ultime delle passività precedenti alla loro istituzione, violerebbe i principi fondamentali della legislazione statale in materia di tutela della salute, poiché la potestà legislativa concorrente della regione in materia di sanità deve essere esercitata con l'osservanza dei limiti generali indicati nell'art. 4 dello statuto regionale ed in armonia con i principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato.

Nel ritenere fondata la questione, la Corte ha preliminarmente osservato che analoghe questioni di legittimità costituzionale sono state sottoposte al suo vaglio.

La Corte si è riferita, in particolare, ad alcune disposizioni di leggi regionali che erano state censurate proprio per aver individuato nelle aziende sanitarie locali, istituite a norma del d. lgs. 30.12.1992, n. 502 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della l. 23.10.1992, n. 421*), i soggetti passivi dei rapporti obbligatori sorti a carico delle sopresse unità sanitarie locali, stabilendo anche il subentro delle nuove ASL in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi già posti in essere dalle pregresse USL.

Nelle precedenti questioni, come nell'attuale, la censura era motivata dal contrasto delle disposizioni regionali impugnate con l'art. 6, co. 1, della l. 23.12.1994, n. 724 (*Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*), il quale prescrive che in nessun caso le regioni possono far gravare, direttamente o indirettamente, sulle neocostituite aziende i debiti pregressi facenti capo alle preesistenti unità sanitarie locali, dovendo a tal fine le regioni stesse predisporre apposite "*gestioni a stralcio*", individuando, altresì, l'ufficio responsabile delle medesime<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> "In nessun caso è consentito alle regioni di far gravare sulle aziende di cui al d.lgs. 30.12.1992, n. 502, e

La Corte ha affermato che il citato art. 6, sebbene sia norma a contenuto specifico e dettagliato, è da considerare per la finalità perseguita, in “*rappporto di coesistenza e di necessaria integrazione*” con le norme di principio che connotano il settore dell’organizzazione sanitaria locale, così da vincolare l’autonomia finanziaria regionale in ordine alla disciplina prevista per i “*debiti*” e i “*crediti*” delle sopresse unità sanitarie locali.

La Corte, pertanto, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 15, co.2, della legge regionale Friuli-Venezia Giulia n. 19 del 2006, in quanto non realizza quella impermeabilità fra patrimonio della ASL e situazione debitoria della pregressa USL tale da rispettare il vincolo normativo per il quale in nessun caso i debiti delle USL debbono gravare sulle nuove ASL.

Secondo la Corte, inoltre, il legislatore regionale non ha previsto strumenti normativi idonei “*rispetto ai pregressi rapporti di credito e di debito delle sopresse unità sanitarie locali*”, tali da consentire “*ad uno stesso soggetto, che pure subentrava nella loro posizione giuridica, ossia alle nuove aziende sanitarie locali, di evitare ogni confusione tra le diverse masse patrimoniali, in modo da tutelare i creditori, ma, nello stesso tempo, da escludere ogni responsabilità delle stesse aziende sanitarie in ordine ai predetti debiti*”.

La Corte, inoltre, ha precisato<sup>2</sup> che la disposizione normativa che conferisce la competenza legislativa in materia alla suddetta Regione autonoma ha una portata meno ampia rispetto a quella relativa alla “*tutela della salute*” contenuta nel co. 3 dell’art. 117 della cost.

Pertanto, la Corte ha ritenuto che, data la maggiore “*estensione*” che questa ultima disposizione garantisce, debba applicarsi quanto previsto nell’art. 10 della l. cost. 18.10.2001, n. 3 (*Modifiche al titolo V della*

*successive modificazioni ed integrazioni, né direttamente né indirettamente, i debiti e i crediti facenti capo alle gestioni pregresse delle unità sanitarie locali. A tal fine le regioni dispongono apposite gestioni a stralcio, individuando l’ufficio responsabile delle medesime*”.

<sup>2</sup> C. cost., n. 134/2006.

*parte seconda della Costituzione*), vale a dire la riconduzione delle attribuzioni del soggetto ad autonomia speciale in materia sanitaria all’art. 117, co. 3 cost.. Ne deriva che, pur considerando la più ampia estensione della competenza legislativa che le viene riconosciuta, la regione non può contravvenire ai principi fondamentali della legislazione statale in materia, previsti, per ciò che riguarda la presente questione, dal citato art. 6 della l. n. 724 del 1994.

Conseguentemente, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 15, co. 2, della legge della regione Friuli-Venezia Giulia del 26.10.2006, n. 19 (*Disposizioni in materia di salute umana e sanità veterinaria e altre disposizioni per il settore sanitario e sociale, nonché in materia di personale*), nella parte in cui non assicura la separazione tra la gestione liquidatoria delle passività anteriori al 31.12.1994, risalenti alle USL e le attività poste in essere direttamente dalle ASL, di conseguenza non sottraendo le Aziende al peso delle passività precedenti la loro istituzione.

### **La successione delle nuove Aziende Sanitarie Locali.**

La problematica concernente la successione delle aziende sanitarie locali istituite dal d. lgs. 30.12.1992, n. 502 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’art. 1 della l. 23.10.1992, n. 421*) alle precedenti unità sanitarie locali, attiene, in particolare, all’imputazione sostanziale dei debiti ed alla correlata legittimazione processuale passiva.

Le soluzioni che sono state prospettate in giurisprudenza possono ricondursi a tre<sup>3</sup>.

Secondo una prima ricostruzione, derivante da un’interpretazione ormai consolidata della Corte di Cassazione<sup>4</sup>, il soggetto giuridico obbligato ad accollarsi i debiti pregressi delle unità sanitarie locali è la regione.

Secondo tale filone giurisprudenziale, la regione sarebbe succeduta *ex lege*, a titolo

<sup>3</sup> R. FERRARA – P.M. VIPIANA, *Principi di diritto Sanitario*, G. Giappichelli editore, Torino, 1999, pag. 109.

<sup>4</sup> Cass., S.U., 6.3.1997, n. 1989; Cass., S.U., 11.8.1997, n. 7482, in *Ragiusan*, 1998, fasc. nn. 164/165, pag. 95; Cass. Sez. I, 7.11.1997, n. 10939, in *Ragiusan*, 1998, fasc. nn. 166/167, pag. 91.

particolare, nelle obbligazioni contratte dalle sopresse unità sanitarie locali alla data del 31.12.1994.

Il riferimento normativo è dato dall'art. 6, co.1, della l. n. 724/1994, il quale statuisce che in nessun caso è consentito alle regioni far gravare sulle aziende di cui al d. lgs. 30.12.1992, n. 502 e successive modificazioni ed integrazioni, né direttamente né indirettamente, i debiti e i crediti facenti capo alle gestioni pregresse delle unità sanitarie locali.

Detta norma prevede, a tal fine, che le regioni dispongono apposite gestioni "a stralcio", individuando l'ufficio responsabile delle medesime.

Successivamente, con l'art. 2 della l. 28.12.1995, n. 549, le gestioni a stralcio sono state trasformate in gestioni liquidatorie, amministrate direttamente dai direttori generali delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, ai quali le regioni attribuiscono le funzioni di commissari liquidatori.

Secondo tale tesi, i commissari liquidatori opererebbero, quindi, nell'interesse e per conto della regione, in qualità di organi della medesima e le regioni rivestirebbero il ruolo di garanti della situazione debitoria delle vecchie unità sanitarie locali.

Una seconda ricostruzione giurisprudenziale<sup>5</sup> afferma che si è in presenza di una fattispecie successoria: le nuove aziende sanitarie locali succederebbero a titolo universale (anziché a titolo particolare, come la prima ricostruzione) alle sopresse unità sanitarie locali, quantunque dotate di una contabilità separata.

I riferimenti normativi a suffragio di tale tesi sono, essenzialmente, l'art. 5 del d. lgs. n. 502/1992 e la legislazione regionale (cui l'art. 3, co. 5, del d. lgs. n. 502/1992 riserva la determinazione dei criteri per la definizione dei rapporti attivi e passivi facenti capo alle preesistenti unità sanitarie locali).

Ai sensi del citato art. 5, infatti, nel rispetto della normativa regionale vigente, il patrimonio delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere è costituito da tutti i beni mobili e immobili ad esse appartenenti, ivi compresi quelli da trasferire o trasferiti loro

<sup>5</sup> Cass., 11.11.1996, n. 9842.

dallo Stato o da altri enti pubblici, in virtù di leggi o di provvedimenti amministrativi, nonché da tutti i beni comunque acquisiti nell'esercizio della propria attività o a seguito di atti di liberalità. Da quanto detto emerge, quindi, il perfezionarsi della fattispecie successoria in capo alle aziende sanitarie locali.

Una terza tesi, infine, partendo da presupposto che, durante la fase liquidatoria, l'organo di rappresentanza della gestione a stralcio prolunga la soggettività dell'ente soppresso, ritiene che la legittimazione sostanziale e processuale spetti sempre all'organo di rappresentanza<sup>6</sup>.

Le gestioni liquidatorie, quindi, appaiono dotate non di personalità giuridica, ma di autonomia funzionale, amministrativa e contabile e di conseguenza hanno una speciale soggettività ed un'autonoma capacità processuale, quantunque limitata all'ambito della gestione stessa: i direttori generali, nella loro veste di commissari liquidatori, svolgono funzioni di amministrazione e liquidazione della situazione debitoria, attraverso la preposizione alle gestioni liquidatorie<sup>7</sup>.

### Considerazioni conclusive.

La sentenza in commento si inserisce nel filone giurisprudenziale formatosi in ordine alle gestioni liquidatorie delle aziende sanitarie locali, istituite dal d. lgs. n. 502/1992.

Delle tre ricostruzioni prospettate, infatti, quella che prevale in giurisprudenza, nonché meritevole di maggiori consensi dottrinari è la prima. Proprio su tale ricostruzione, infatti, la Corte ha fatto riferimento per risolvere la questione di legittimità sottoposta al suo vaglio.

In buona sostanza, la Corte si è pronunciata affermando che i precetti di cui all'art. 6, co.1, ultima parte, della l. n. 724 del 1994 costituiscono principi fondamentali in materia di tutela della salute.

Da tale definizione è stata fatta discendere

<sup>6</sup> Cass., sez. lav., 12 dicembre 1996, n. 11111, in *Sanità Pubblica*, 1997, pag. 1166 (nella specie, era stato eccepito il difetto di legittimazione del commissario liquidatore della USL di Benevento ad impugnare una sentenza emessa nei confronti della medesima USL); Cass., 26.9.1997, n. 9438.

<sup>7</sup> R. FERRARA – P.M. VIPIANA, *Principi di diritto Sanitario*, cit., pag. 110.

la conseguenza che in nessun caso la legislazione regionale può confondere la liquidazione dei pregressi rapporti delle unità sanitarie locali con l'ordinaria gestione delle ASL. Ciò al duplice fine di sottrarre le ASL al peso del-

le preesistenti passività a carico delle USL e di fornire ai creditori di queste ultime la necessaria certezza sulla titolarità passiva dei rapporti e sulla individuazione dei mezzi su cui soddisfarsi.

«.....GA.....»

# CONTROLLO PREVENTIVO DI LEGITTIMITÀ SUI CONFERIMENTI DI CONSULENZE ED INCARICHI A SOGGETTI ESTERNI

della Dott.ssa Rosa Valicenti

Commento alla sentenza Corte costituzionale, 13.5.2010, n. 172

## 1. Introduzione.

L'art. 17 co. 30 del d. l. 1.7.2009, n. 78<sup>1</sup>, convertito nella l. 3.8.2009, n. 102 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali) ha modificato l'art. 3 della l. 14.1.1994, n. 20 (Norme in materia di controllo della Corte dei conti), introducendo nell'elenco tassativo degli atti soggetti al controllo preventivo di legittimità due fattispecie precedentemente non contemplate: alla lett. f bis) i contratti di conferimento di incarichi ad esperti - ai sensi dell'art. 7, co. 6, d. lgs. 30.3.2001, n. 165 - e alla lett. f ter) i contratti di studi e consulenze commissionati a soggetti estranei alla amministrazione - di cui all'art. 1, co. 9, l. 23.12.2005, n. 266.

La norma si appalesa chiaramente ispirata a finalità di contenimento della spesa pubblica e si inserisce nel solco delle molteplici disposizioni volte a limitare, proceduralizzare e controllare la prassi del conferimento di incarichi e consulenze a soggetti esterni alla PA, non sempre ispirata ai criteri di trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa<sup>2</sup>.

A conferma del continuo interesse del legislatore in relazione a tale fenomeno, è appena il caso di rilevare che ulteriori misure

<sup>1</sup> Art. 17 (Enti pubblici: economie, controlli, Corte dei conti) Comma 30. All'articolo 3, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo la lettera f), sono inserite le seguenti: «f-bis) atti e contratti di cui all'art. 7, co. 6, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni; f-ter) atti e contratti concernenti studi e consulenze di cui all'art. 1, co. 9, della l. 23.12.2005, n. 266 ».

<sup>2</sup> Si veda, in materia di procedure e limiti ai conferimenti di incarichi ad esterni G. DALL'OZZO, in "Affidamento incarichi esterni: aspetti procedurali e sindacato di legittimità della Corte dei conti" in questa rivista, 2009, 4, 159.

limitative, sotto forma di tetto di spesa<sup>3</sup>, sono state anche di recente previste nel decreto l. n. 78 del 2010, tuttora in fase di conversione.

## 2. L'ambito delle amministrazioni soggette al controllo preventivo sugli incarichi ad esterni.

La disposizione dell'art. 17 co. 30 del d.l. 78/2009, che introduce un controllo preventivo interdittivo (condizione di efficacia dell'atto) da parte del giudice contabile, non chiariscono espressamente il proprio ambito soggettivo di applicazione e ciò ha generato una serie di dubbi interpretativi circa la soggezione al visto e alla registrazione della Corte dei conti degli atti di regioni, enti locali ed enti nazionali diversi dallo Stato.

Tale questione ha sollecitato l'intervento chiarificatore, in prima battuta della stessa magistratura contabile, chiamata a pronunciarsi, in sede di controllo, sulla legittimità di atti conferiti da enti di governo decentrati e da enti nazionali diversi dallo Stato, nonché l'intervento, con la sentenza in commento, della Corte costituzionale investita della questione di legittimità costituzionale in via principale da parte della regione Veneto.

Si può sinteticamente anticipare, ai fini che

<sup>3</sup> L'art. 6 co.7. del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) prevede che *a decorrere dall'anno 2011 la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza, inclusa quella relativa a studi ed incarichi di consulenza conferiti a pubblici dipendenti, sostenuta dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'art. 1 della l. 31.12.2009 n. 196, incluse le autorità indipendenti, escluse le università, gli enti e le fondazioni di ricerca e gli organismi equiparati, non può essere superiore al 20 per cento di quella sostenuta nell'anno 2009. L'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.*

qui rilevano, che le varie pronunce intervenute hanno unanimemente escluso dall'ambito del controllo preventivo di legittimità di recente introduzione, gli affidamenti di incarichi ad esterni da parte di regioni ed enti locali. Tali atti rimangono, tuttavia, sottoposti ai limiti sostanziali e procedurali già recati dalla precedente<sup>4</sup> e successiva normativa<sup>5</sup>, nonché in generale al vaglio della Corte dei conti in fase di controllo successivo sulla gestione e di eventuale giudizio di responsabilità amministrativo contabile<sup>6</sup>.

### 3. La sentenza della Corte costituzionale.

Con la decisione n. 172 del 2010 il giudice delle leggi, non entrando propriamente nel merito della vicenda, perviene ad una pronuncia di rigetto per inammissibilità della questione di legittimità, in quanto basata su una interpretazione della norma, da parte della regione ricorrente, considerata infondata in base ad un'esegesi sistematica e testuale della medesima.

Nel ricorso introduttivo la regione prospetta la riferibilità dei controlli interdittivi agli atti degli enti di governo decentrati, in considerazione del riferimento al d. lgs. n. 165 del 2001, e lamenta la violazione degli artt. 3, 97, 100, 114, 117, 118 e 119 della costituzione, l'art. 9 della l. cost. 18.10.2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della costituzione), nonché il principio di leale collaborazione.

In riferimento a tale interpretazione estensiva, testualmente la Corte afferma che: *“risulta agevole rilevare che, se si accedesse alla tesi prospettata da parte ricorrente, il contenuto delle lettere f-bis) e f-ter) costituirebbe un corpo incongruo ed estraneo al sistema di controllo disciplinato dall'art. 3”* (n.d.r. della l. n. 20 del 1994).

La decisione dichiara, dunque, che le ipotesi di controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti previsti dall'art. 3 della l. 20, in base ad una lettura sistematica, vanno rife-

riti a provvedimenti adottati dallo Stato o, comunque, da amministrazioni centrali e che l'attribuzione espressa<sup>7</sup> della competenza su tale controllo alla *“sezione di controllo di legittimità sulla gestione delle amministrazioni dello Stato”* conferma tale impostazione.

La diversa interpretazione, a giudizio della Corte, dovrebbe richiedere *“una dimostrazione assai rigorosa, e non può certamente fondarsi sull'assai fragile argomento costituito dal generico richiamo in essa contenuto al d.lgs. n. 165 del 2001, posto che tale testo legislativo... (omissis) è evocato non al fine di riferire soggettivamente il campo di applicazione delle norme di nuova creazione a tutti i destinatari dello stesso decreto legislativo, ma solo per delineare la tipologia degli atti suscettibili, ex novo, del controllo di legittimità”*.

### 4. La interpretazione della Corte dei conti.

La Corte dei conti, in occasione della sottoposizione al controllo dell'atto di approvazione di un contratto di consulenza, ai sensi dell'art. 3 lett. f bis) da parte di una Azienda Sanitaria Locale, ha reso<sup>8</sup> la propria interpretazione in relazione alla intervenuta modifica legislativa.

In base ad una lettura *“costituzionalmente orientata”* delle disposizioni della lett. f) bis ed f) ter dell'art. 3 della l. 20, ha dichiarato le medesime non applicabili alle regioni e agli altri enti locali territoriali, ivi comprese le relative articolazioni, come le Aziende Sanitarie Locali (ASL). In particolare il giudice contabile ha affermato che pur essendo la norma formulata in termini generici, occorre verificare se il co. 30 consenta un'interpretazione che non lo ponga in contrasto con i parametri costituzionali.

Nell'impossibilità di tale interpretazione sarebbe opportuna la proposizione della que-

<sup>4</sup> Per l'esame della quale si rinvia a G. DALL'OZZO, op. cit. nonché a N. TRADARDI in questa rivista 2010, 1, 25.

<sup>5</sup> Si veda il recente d.l. 78/2010 di cui alla nota 2.

<sup>7</sup> D.l. 78/2009, art. 17 co. 30 bis - Dopo il co. 1 dell'art. 3 della l. 14.1.1994, n. 20, e successive modificazioni, e' inserito il seguente: *«1-bis. Per i controlli previsti dalle lettere f-bis) e f-ter) del comma 1 e' competente in ogni caso la sezione centrale del controllo di legittimità.*

<sup>8</sup> Delibera Corte dei Conti - Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del governo e delle amministrazioni dello Stato n. 20 del 12.11.2009.

stione di legittimità costituzionale.

Alla luce di tale finalità la delibera ricostruisce il sistema dei controlli dopo la riforma del titolo V della Costituzione affermando che il nuovo art. 114 ha posto su un piano di equiordinazione comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato e dunque i controlli preventivi di legittimità sugli atti di tali enti sono venuti meno con l'abrogazione espressa degli artt. 125, co. 1, e 130 della Costituzione.

La norma introdotta, ove interpretata nel senso di sottoporre a controlli interdittivi - e non meramente collaborativi - singoli atti di regioni o enti locali, anche ove fosse ricondotta alla potestà legislativa concorrente in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, esorbiterebbe dalla competenza legislativa dello Stato, il quale *ex art. 117 co. 3* è legittimato a porre solo i "principi fondamentali", rimanendo nell'autonomia di Regioni ed enti locali la concreta previsione degli strumenti e dei procedimenti di verifica.

### 5. Le deduzioni della Presidenza del Consiglio.

E' interessante notare come unica voce fuori dal coro, nell'interpretazione della norma in commento, risulta quella della Presidenza del Consiglio che, costituitasi nel giudizio di legittimità costituzionale tramite l'Avvocatura dello Stato, sostiene la riferibilità del controllo anche a regioni ed enti locali e conferma, pertanto, che intenzione del legislatore (il Governo con decreto legge) era proprio quella di sottoporre a controllo anche gli incarichi e le consulenze conferiti dagli enti decentrati.

In particolare, nella parte in fatto della sentenza, è riferito che la Presidenza afferma che *il controllo in questione costituisce una anticipazione di quello previsto dall'art. 7, co. 7, della l. 5.6.2003, n. 131 (controllo successivo), che, conformemente al principio di leale collaborazione, ha ad oggetto il perseguimento degli obiettivi posti dalla leggi statali o regionali e la sana gestione finanziaria degli enti locali.*

Sempre dalla sentenza si evince che

l'Avvocatura sostiene, in relazione alla dedotta violazione dell'art. 118, che le disposizioni censurate *non coartano la autonomia amministrativa degli enti cui si indirizzano, ma si limitano a richiedere che gli atti assunti siano compatibili con i vincoli di bilancio;* in riferimento alla lesione dell'art. 119, inoltre, afferma che *non è in discussione la gestione delle risorse dell'ente territoriale ma solo la legittimità degli atti di gestione, in sede di controllo potrà essere sindacato solo il modo col quale l'ente utilizza le sue risorse, cioè se ciò avviene o meno in conformità con le normative vigenti.*

### 6. Conclusione.

Il legislatore nazionale, a mezzo del d.l. 78/2009, ha introdotto (come accade sempre più sovente data la situazione delle pubbliche finanze) una norma di contenimento della spesa per incarichi e consulenze, rivolta genericamente alle amministrazioni pubbliche, con la finalità di allargare il più possibile la platea dei destinatari, al fine di dare la massima consistenza ai detti propositi di contenimento.

Tale disposizione, utilizzando quale strumento specifico il controllo preventivo di legittimità è stata ritenuta, dalle regioni, dalla Corte dei Conti e dalla Corte Costituzionale, non riferibile agli enti locali, in base ai parametri costituzionali vigenti.

Un anno dopo, con il d.l. 78/2010<sup>9</sup>, il legislatore nazionale introduce una norma in materia di incarichi e consulenze, con finalità analoga, ma utilizzando il diverso strumento del tetto di spesa, rivolta indistintamente alle amministrazioni di cui all'art 1 co. 3 della L. 196/2009<sup>10</sup>, cioè rientranti nell'ambito del conto consolidato delle pubbliche amministrazioni, quindi comprensiva di regioni ed enti locali.

Non è difficile prevedere, anche in relazione a tale norma, dubbi sulla interpretazione dell'ambito soggettivo di applicazione,

<sup>9</sup> Si veda la nota 3.

<sup>10</sup> L. 196/2009 (Legge di contabilità e finanza pubblica) Art. 1 co. 3 *La ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 31 luglio.*



---

con particolare riferimento alla compatibilità  
di tale previsione con i principi costituzionali

del riformato titolo V della II parte della co-  
stituzione.

«.....GA.....»

## LA DISCIPLINA SULL'ORDINAMENTO DI ROMA CAPITALE CONTENUTA NELL'ART. 24 DELLA L. N. 42 DEL 2009

della Dott.ssa Michela Giachetti Fantini

In attuazione dell'art. 114, co. 3, cost. <sup>1</sup>, che riserva alla legge statale la disciplina sull'ordinamento di Roma capitale della Repubblica, l'art. 24 della l. n. 42 del 2009 detta norme transitorie sull'ordinamento, anche finanziario, di Roma capitale, in sede di prima applicazione ed in attesa dell'attuazione della disciplina ordinaria sulle città metropolitane.

L'art. 24 della l. delega sul federalismo fiscale prefigura la creazione di un nuovo ente territoriale, denominato “*Roma capitale*”<sup>2</sup>, i cui attuali confini sono coincidenti con quelli del comune di Roma ed il quale è dotato di una speciale autonomia statutaria, amministrativa e finanziaria, nel rispetto dei limiti stabiliti dalla costituzione. L'ordinamento di Roma capitale è finalizzato a garantire il migliore assetto delle funzioni che Roma è chiamata a svolgere, in quanto sede degli organi costituzionali, nonché delle rappresentanze diplomatiche degli Stati esteri presenti presso la Repubblica italiana, presso lo Stato della Città del Vaticano e presso le istituzioni

internazionali.

L'art. 24, co. 3, prevede l'attribuzione a Roma capitale, oltre che delle funzioni attualmente spettanti al comune di Roma, delle seguenti funzioni amministrative: a) concorso alla valorizzazione dei beni storici, artistici, ambientali e fluviali, previo accordo con il Ministero per i beni e le attività culturali; b) sviluppo economico e sociale di Roma capitale con particolare riferimento al settore produttivo e turistico; c) sviluppo urbano e pianificazione territoriale; d) edilizia pubblica e privata; e) organizzazione e funzionamento dei servizi urbani, con particolare riferimento al trasporto pubblico e alla mobilità; f) protezione civile, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei ministri e la regione Lazio; g) ulteriori funzioni conferite dallo Stato e dalla regione Lazio, ai sensi dell'art. 118, co. 2, Cost.

Ai sensi dell'art. 24, co. 4, la disciplina dell'esercizio delle suindicate funzioni è rimessa ad appositi regolamenti adottati dal consiglio comunale che, in qualità di organo del nuovo ente territoriale Roma capitale, assume la denominazione di “*assemblea capitolina*”. I suddetti regolamenti devono essere adottati nel rispetto della Costituzione, dei vincoli comunitari ed internazionali, della legislazione statale e regionale ed, in particolare, dell'art. 117, co. 6, Cost. che, al terzo periodo, prevede che i comuni, le province e le città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni loro attribuite. Segnatamente, il richiamo esplicito all'art. 117, co. 6, comporta che Roma capitale sia ricompresa per legge tra gli enti locali ed implica che essa non possa disporre di un'autonomia regolamentare in misura inferiore rispetto agli altri enti, configu-

<sup>1</sup> In merito alla disciplina su Roma capitale dettata dalla norma costituzionale si veda G. DE MURO, *Art. 114*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, III, pp. 2175-2176.; 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, pp. 224-226.

<sup>2</sup> Sul tema di Roma capitale in generale si veda F. MERLONI, *Roma: tra aspirazioni metropolitane e ruolo di capitale*, in *Le Regioni*, n. 1, 1994, p. 7 ss.; A. PIRAINO, *L'ordinamento complesso di Roma: “capitale della Repubblica” e “città metropolitana”*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5, 2003, p. 795 ss.; S. MANGIAMELLI, “*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..

randosi così una sorta di salvaguardia della specialità di Roma capitale tra gli altri enti locali<sup>3</sup>. Inoltre, ai sensi dell'art. 24, co. 4, della l. n. 42, i regolamenti capitolini devono essere adottati in conformità al principio di funzionalità, nel senso che la disciplina in essi contenuta deve risultare funzionale alle speciali attribuzioni amministrative di Roma capitale.

Il secondo periodo dell'art. 24, co. 4, prevede poi che, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi che, in base a quanto disposto dal successivo co. 5, disciplineranno l'ordinamento transitorio di Roma capitale, l'assemblea capitolina deve approvare - ai sensi dell'art. 6, co. 2, 3 e 4, del TUEL recato dal d. lgs. n. 267 del 2000<sup>4</sup> - lo statuto di Roma capitale, la cui entrata in vigore è fissata per il giorno successivo alla data della sua pubblicazione sulla G.U. Al riguardo va evidenziato che l'art. 24, co. 4, della l. n. 42 deroga alla disposizione contenuta nel co. 5 del citato art. 6 del TUEL - peraltro non espressamente richiamata <- la quale prevede la pubblicazione dello statuto, non sulla G.U., ma sul Bollettino Ufficiale della Regione, oltre a prevedere l'affissione del medesimo statuto all'albo pretorio dell'ente e l'entrata in vigore dello stesso, decorsi trenta

<sup>3</sup>Cfr. C. TUCCIARELLI, *Federalismo fiscale ma non solo: la legge n. 42 del 2009*, in *www.federalismi.it*, 19 maggio 2010, 26.

<sup>4</sup> In proposito occorre precisare che il citato art. 6 dispone, al secondo comma, che i comuni e le province adottano il proprio statuto il quale, nell'ambito dei principi fissati dal Testo Unico degli enti locali, reca le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e, in particolare, specifica le attribuzioni degli organi e le forme di garanzie e partecipazione delle minoranze, i modi di esercizio della rappresentanza legale, anche in giudizio. Inoltre il terzo comma del richiamato art. 6 prevede che lo statuto detta norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da essi dipendenti. Il quarto comma stabilisce altresì che gli statuti sono deliberati dai rispettivi consigli con il voto favorevole dei due terzi dei consiglieri assegnati. Qualora tale maggioranza non venga raggiunta, la votazione è ripetuta in successive sedute da tenersi entro trenta giorni e lo statuto è approvato se ottiene per due volte il voto favorevole della maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati.

giorni dalla suddetta affissione. L'art. 24, co. 4, stabilisce poi che, in sede di adozione dello statuto si debba attribuire particolare rilievo al profilo concernente il decentramento municipale. In proposito è opportuno rilevare che il vigente statuto del comune di Roma disciplina, nel suo capo IV, agli artt. 26 e ss., il decentramento municipale. Segnatamente, l'art. 26, co. 1, dispone che le circoscrizioni del comune di Roma sono costituite in municipi per rappresentare le rispettive comunità, curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo nell'ambito dell'unità del comune. Inoltre il co. 2 della citata disposizione prevede che i municipi esercitano le funzioni loro attribuite dalla legge, dallo statuto e dal regolamento. Il co. 3 stabilisce poi che ulteriori funzioni possono essere riconferite ai municipi con deliberazione consiliare.

L'art. 24, co. 5, della l. n. 42, come modificato dall'art. 1, co. 21, della l. n. 25 del 2010, prevede che, con uno o più decreti legislativi adottati dal Governo, ai sensi dell'art. 2, sentiti la regione Lazio, la provincia di Roma ed il comune di Roma, è disciplinato l'ordinamento transitorio, anche finanziario di Roma capitale. Il riferimento ad uno o più decreti legislativi implica, quindi, la possibilità di suddividere l'esercizio della delega in una pluralità di decreti di attuazione. Inoltre il rinvio all'art. 2, operato dall'art. 24, co. 5, vincola il legislatore delegato sia in ordine al termine per l'esercizio della delega, comportando che il singolo o la pluralità dei decreti attuativi debbano essere adottati entro ventiquattromesi<sup>5</sup> dall'entrata in vigore della l.n. 42, cioè a partire dal 21.5.2009, sia con riguardo alla procedura per l'emanazione degli stessi, che prevede l'acquisizione del parere della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale di cui all'art. 3, e delle Commissioni parlamentari competenti per le conseguenze di carattere finanziario. L'esercizio della delega governativa deve poi conformarsi ai seguenti principi e criteri direttivi: a) specificazione delle fun-

<sup>5</sup>Si noti la diversa scadenza temporale, prevista dall'art. 23, co. 6, per l'adozione da parte del Governo dei decreti legislativi per l'istituzione delle città metropolitane, che è di trentasei mesi dall'entrata in vigore della l. n. 42.



zioni amministrative attribuite a Roma capitale ai sensi del co. 3 e definizione delle modalità per il trasferimento all'ente delle relative risorse umane e dei mezzi economici necessari; b) ferme restando le disposizioni di legge sul finanziamento dei comuni, assegnazione a Roma capitale di ulteriori risorse finanziarie, parametricate sulle funzioni amministrative attribuite, nonché sulle specifiche esigenze di finanziamento derivanti dal ruolo di capitale della Repubblica. Il sesto ed il co. 7 dell'art. 24 recano disposizioni integrative in ordine ai suindicati principi e criteri direttivi. Segnatamente il co. 6 prevede che i decreti legislativi, che disciplineranno l'ordinamento transitorio di Roma capitale, dovranno assicurare, nell'esercizio delle funzioni amministrative di cui al co. 3, i raccordi istituzionali, nonché le modalità di coordinamento e collaborazione tra Roma capitale, lo Stato, la regione Lazio e la provincia di Roma. Inoltre si prevede che con l'adozione dei medesimi decreti delegati sarà dettata la disciplina dello *status* dei membri dell'assemblea capitolina.

Il co. 7 rimette poi al decreto legislativo sull'ordinamento transitorio la statuizione dei principi generali per l'attribuzione a Roma capitale di un proprio patrimonio nel rispetto dei seguenti specifici principi e criteri direttivi: a) conferimento a Roma capitale di un patrimonio che dovrà essere commisurato alle funzioni e alle competenze ad essa attribuite; b) trasferimento a titolo gratuito a Roma capitale dei beni appartenenti al patrimonio dello Stato non più funzionali alle esigenze dell'amministrazione centrale, fatta eccezione per quelle tipologie di beni, da individuare ai sensi dell'art. 19, co. 1, lett. d), che non siano suscettibili di trasferimento in quanto "*di rilevanza nazionale*", inclusi tra questi i beni appartenenti al patrimonio culturale nazionale<sup>6</sup>.

L'art. 24, co. 8, dispone che sia le norme transitorie sull'ordinamento di Roma capitale contenute nell'articolo in esame, sia quelle che saranno adottate con i decreti legislativi

<sup>6</sup> Sul punto si segnala che recentemente è stato emanato il d. lgs. 28.5.2010, n. 85 recante "*Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'art. 19 della l. n. 42 del 2009*".

attuativi di cui al co. 5, non possono essere oggetto di modifica, deroga e abrogazione, se non mediante espressa disposizione. La normativa transitoria per l'ordinamento di Roma capitale si configura, quindi, come una sorta di legge organica, in quanto è modificabile, derogabile e abrogabile solo espressamente. Inoltre il medesimo co. 8 dell'art. 24 rinvia, per quanto non esplicitamente previsto dall'articolo in commento, alla disciplina relativa ai comuni, contenuta nel TUEL.

L'art. 24, co. 9, stabilisce che, a seguito dell'attuazione della disciplina delle città metropolitane, e a decorrere dall'istituzione della città metropolitana di Roma capitale, le norme transitorie dettate dall'art. 24 non perderanno efficacia, ma entreranno a regime, intendendosi riferite alla città metropolitana di Roma capitale. L'art. 24, co. 10, precisa che per l'istituzione della città metropolitana di Roma capitale si applica la disciplina contenuta nell'art. 23, ad eccezione del co. 2, lett. b) e c), e del co. 6, lett. d)<sup>7</sup>. La norma in parola chiarisce dunque che per l'istituzione della città metropolitana di Roma capitale si applica la procedura prevista per le città metropolitane dall'art. 23, ma con alcune limitazioni riguardanti le modalità di iniziativa. Invero, in questo caso, la proposta istitutiva può essere avanzata esclusivamente dal comune congiuntamente con la provincia, ai sensi dell'art. 23, co. 2, lett. a), mentre non è ammessa l'ipotesi di proposta separata dell'uno o dell'altro soggetto, di cui rispettivamente alle lett. b) e c) dell'art. 23, co. 2. In definitiva la città metropolitana di Roma capitale potrà essere istituita solo dal comune capoluogo con il consenso della provincia, e non dal comune senza il consenso della provincia o dalla provincia, senza il consenso del comune capoluogo.

<sup>7</sup> Tale disposizione stabilisce che i decreti legislativi che il Governo è delegato ad adottare ai fini dell'istituzione delle città metropolitane devono rispettare il principio e criterio direttivo, secondo cui, fino alla data di insediamento dei rispettivi organi, il finanziamento degli enti che compongono la città metropolitana assicura loro una più ampia autonomia di entrata e di spesa in misura corrispondente alla complessità delle funzioni da esercitare in forma congiunta o associata, nel limite degli stanziamenti previsti a legislazione vigente.

L'art. 24, co. 10, prevede poi che Roma capitale, una volta trasformata in città metropolitana, in aggiunta alle funzioni fondamentali tipiche delle città metropolitane, continua a svolgere le funzioni amministrative indicate dal summenzionato co. 3 della disposizione in esame.

La descritta disciplina sull'ordinamento transitorio di Roma capitale, dettata dall'art. 24 della l. n. 42, in attuazione dell'art. 114, co. 3, Cost., contiene numerosi elementi di novità ma presenta anche molteplici aspetti problematici connessi all'interpretazione della richiamata norma costituzionale. In particolare ci chiede in quale misura Roma capitale si configuri come ente territoriale e, in quale altra, come ente speciale. Nel silenzio della Costituzione sul punto sembrerebbe essere rimessa al legislatore statale ogni determinazione in ordine all'estensione del concetto di "ordinamento della capitale". Spetterebbe quindi al legislatore definire la linea di confine tra la disciplina speciale dell'ordinamento di Roma capitale e l'assetto ordinario concernente la ripartizione delle competenze legislative tra Stato e regioni e l'allocazione delle funzioni amministrative tra enti territoriali. Sarebbe ancora compito del legislatore definire, in termini di distinzione o integrazione, il rapporto tra Roma capitale e le città metropolitane, enti che sono tra loro distinti in base alla costituzione. Considerato poi lo *status* differenziato previsto per Roma capitale dall'art. 114, co. 3, Cost., sorge il quesito se sia legittima la previsione di una città metropolitana per Roma capitale. L'ampiezza semantica dell'espressione "*ordinamento della capitale*", contenuta nell'art. 114, co. 3, Cost. non può comunque essere illimitata e deve pertanto trovare un limite, per quanto elastico, nelle altre norme costituzionali<sup>8</sup>. Conseguentemente ci si domanda fino a che punto la legge dello Stato possa derogare, sulla base dell'espresso rinvio contenuto nell'art. 114, co. 3, Cost., rispetto ad altre disposizioni costituzionali che regolano la titolarità di competenze e funzioni.

Nel dettare la disciplina transitoria

<sup>8</sup>Cfr. C. TUCCIARELLI, *Federalismo fiscale ma non solo*, cit., pp. 24-25

sull'ordinamento di Roma capitale, il legislatore statale si è avvalso del potenziale derogatorio della norma recata dall'art. 114, co. 3, Cost., per dar vita ad un ente territoriale che non è né una provincia, né una città metropolitana, né un comune, cioè nessuno dei tipi elencati dalla stessa costituzione, ma è un ente territoriale *ad hoc*, vale a dire Roma capitale<sup>9</sup>. In particolare l'art. 24, sciogliendo il dubbio della caratterizzazione di Roma capitale come ordinamento speciale ovvero come ente territoriale, la definisce espressamente un ente territoriale, con il risultato che l'art. 114, co. 1, Cost., è ormai da interpretarsi nel senso che all'elenco ivi contenuto degli enti costitutivi della Repubblica va aggiunto anche l'ente territoriale in parola<sup>10</sup>. È necessario però precisare che Roma capitale è un ente territoriale diverso dalla città metropolitana di Roma, inteso a garantire due importanti funzioni in qualità di sede di organi costituzionali e di rappresentanze diplomatiche. Inoltre Roma capitale, sebbene territorialmente coincidente con il comune di Roma, è un ente da esso distinto, così come dagli altri comuni; al riguardo, rileva la disciplina differenziata dello *status* dei membri dell'assemblea capitolina di cui al co. 6 dell'art. 24, e le peculiari fonti regolative costituite dai decreti legislativi di cui co. 5 della medesima disposizione.

Pur non escludendo la possibilità di istituire la città metropolitana di Roma, il legislatore ha comunque ritenuto che il comune di Roma, nei suoi attuali confini, fosse in grado di svolgere adeguatamente le funzioni attinenti alla capitale della Repubblica. Peraltro, dal combinato disposto del co. 4 dell'art. 24, secondo cui il consiglio comunale assume la denominazione di "*assemblea capitolina*" e del co. 6 della stessa norma, che si riferisce ai raccordi istituzionali tra Roma capitale, lo Stato, la regione e la provincia di Roma, sembra evincersi l'equiparazione tra Roma capitale e il comune di Roma. Inoltre, sebbene l'art. 24 non lo espliciti chiaramente, è ipotizzabile che Roma capitale non si sovrapp-

<sup>9</sup>Cfr. G. AMATO, *Roma capitale*, cit., p. 296.

<sup>10</sup>Cfr. B. CARAVITA, *Articolo 24*, in A. FERRARA, G.M. SALERNO (a cura di), *Il "federalismo fiscale"*. *Commento alla legge n. 42 del 2009*, Napoli, Jovene, 2010, 190.

ponga ma assorba il comune di Roma. Tale ipotesi è peraltro avvalorata dal combinato disposto del co. 3, che attribuisce a Roma capitale le funzioni attualmente spettanti al comune di Roma, dal co. 4, che rimette la disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative attribuite a Roma capitale ad appositi regolamenti adottati dal consiglio comunale, e dal co. 6, che prevede l'individuazione, nella legislazione delegata, di strumenti di coordinamento e collaborazione tra Roma capitale, da un lato, e lo Stato, la regione Lazio, e la provincia di Roma, dall'altro, senza fare riferimento al comune.

È necessario poi evidenziare che l'art. 24 opta, nella fase transitoria, per la distinzione e, nella fase definitiva, per l'integrazione tra l'ordinamento di Roma capitale e la disciplina delle città metropolitane, presupponendo peraltro una sorta di automatismo di tale integrazione. Il passaggio a "*Roma capitale città metropolitana*" necessiterà comunque di un'attenta regolazione che assicuri l'efficacia del suddetto automatismo e raccordi la prima istituzione delle città metropolitane con quella di Roma capitale<sup>11</sup>. Resta comunque il fatto che, mentre nella fase transitoria, l'ente Roma capitale è destinato ad assorbire il comune di Roma, nella fase definitiva, esso verrà ricompreso nel *genus* delle città metropolitane, ampliando le sue dimensioni territoriali con il probabile assorbimento della provincia di riferimento, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 23, co. 3, lett. a), il territorio metropolitano deve coincidere con il territorio di una provincia o di una sua parte ed includere il comune capoluogo.

In ordine all'ampiezza dei poteri che l'art. 114, co. 3, cost., conferirebbe alla legge statale istitutiva di Roma capitale, l'art. 24 della l. n. 42 compie una scelta intermedia nel senso che i poteri normativi di Roma capitale sono ricondotti nell'ambito della potestà secondaria, non sconfinando quindi nell'ambito di una potestà di carattere subprimario. Ciononostante il co. 3 dell'art. 24 attribuisce a Roma capitale funzioni amministrative in settori rientranti nella competenza legislativa con-

corrente o residuale regionale, ponendo così in essere una deroga all'art. 117, co. 3 e 4, nonché all'art. 118, co. 1 e 2, Cost.<sup>12</sup>.

Va inoltre evidenziato che l'art. 24, nella parte in cui prevede l'adozione di uno o più specifici decreti legislativi per la disciplina dell'ordinamento transitorio di Roma capitale, solleva alcune perplessità sotto il profilo della costituzionalità, dato che l'art. 114, co. 3, cost. prevede che sia una legge dello Stato a disciplinare l'ordinamento di Roma capitale. Ora, non appare tanto problematica la circostanza che la disciplina concreta dell'ordinamento di Roma capitale sia adottata mediante uno o più decreti legislativi, quanto, invece, la circostanza che l'art. 24, co. 5, introduca una fonte atipica, dovendo i decreti legislativi in parola essere approvati sentiti la regione, la provincia e il comune. In sostanza, la disciplina recata dai suddetti decreti delegati, pur avendo natura transitoria, istituisce comunque Roma capitale, senza tuttavia risultare pienamente conforme al dettato di cui all'art. 114, co. 3, Cost.

Occorre inoltre rilevare che il compito che il legislatore delegato è chiamato a svolgere, in sede di attuazione dell'ordinamento transitorio di Roma capitale, consiste nella composizione tra le prerogative speciali di Roma capitale e le competenze ed attribuzioni spettanti allo Stato, alla regione Lazio e alla provincia di Roma. Tuttavia, la garanzia del riconoscimento a Roma capitale di ampie funzioni è inevitabilmente affievolita dalla necessità di coordinamento con i livelli superiori di governo. Invero, la previsione contenuta nel co. 6 dell'art. 24, concernente la necessità di forme cooperative per l'esercizio delle funzioni di cui al co. 3, disciplinato dai regolamenti capitolini, potrebbe costituire un ostacolo per l'effettiva attuazione dell'ordinamento di Roma capitale. Anche la previsione recata dal co. 7 dell'art. 24, concernente l'attribuzione di un proprio specifico patrimonio a Roma capitale, potrebbe fungere da disincentivo in tal senso<sup>13</sup>. Nell'ambito della disciplina transitoria sull'ordinamento di Roma capitale, dettata dall'art. 24, non va tut-

<sup>11</sup> Cfr. C. TUCCIARELLI, *Federalismo fiscale ma non solo*, cit., p. 25.

<sup>12</sup> Cfr. B. CARAVITA *Articolo 24*, cit., p. 192.

<sup>13</sup> Cfr. C. TUCCIARELLI, *Federalismo fiscale ma non solo*, cit., p. 27.

tavia sottovalutata la significatività delle funzioni amministrative attribuite al nuovo ente territoriale, che peraltro ne giustificano la stessa istituzione, nonché il rafforzamento dell'autonomia regolamentare di quest'ultimo.

È necessario poi ribadire che l'art. 24, non a caso collocato nel capo VIII della l. n. 42 rubricato "Norme transitorie e finali", prevede una fase transitoria e una fase finale per la disciplina sull'ordinamento di Roma capitale.

La fase transitoria è dettagliatamente regolata e si pone in tutta la sua attuale certezza, mentre la fase definitiva è affidata ad un dilemma interpretativo che è ancora tutto da risolvere<sup>14</sup>. In particolare è necessario verificare se, quando e come Roma capitale diventerà città metropolitana, una volta terminata la fase transitoria. Infatti, dal combinato disposto dell'art. 24 e del precedente art. 23 non risulta affatto chiaro in quale momento l'ordinamento di Roma capitale potrà "agganciare" la disciplina sulle città metropolitane e diventare tipologicamente una di loro.

Ai sensi dell'art. 23, co. 1, sarà un'apposita legge a regolare le funzioni fondamentali, gli organi e il sistema elettorale delle città metropolitane, ma in attesa dell'adozione di tale legge, i successivi comi della medesima norma dettano la disciplina transitoria per la prima istituzione delle città metropolitane. In particolare il co. 2 dell'art. 23, prevede che, in base a tale disciplina transitoria, 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. Roma non figura all'interno di questo elenco. Ciò porterebbe a concludere che, ai sensi dell'art. 24, co. 9, Roma capitale è destinata a rimanere l'atipico ente territoriale, i cui attuali confini coincidono con il comune di Roma, non fino all'istituzione delle città metropolitane in sede di attuazione della disciplina transitoria delle stesse, ma fino all'entrata in vigore e all'attuazione della legge recante la disciplina ordinaria di queste ultime, la cui adozione peraltro risulta assolutamente incerta almeno nel

quando. In sostanza, posto che Roma è esclusa dall'elenco delle città metropolitane istituibili sulla sola base della disciplina transitoria, in concreto per la costituzione della città metropolitana di Roma capitale si dovrà attendere l'entrata in vigore e l'attuazione della legge di cui al co. 1 dell'art. 23, che detta la disciplina in via definitiva delle città metropolitane<sup>15</sup>. Accanto a questa lettura del combinato disposto degli artt. 23 e 24, è ammissibile anche un'altra interpretazione, fondata su un diverso significato attribuibile al co. 2 dell'art. 23, che individua le città metropolitane che possono essere oggetto di prima istituzione, senza però menzionare Roma fra queste ultime.

L'esclusione di Roma da tale elenco non si spiegherebbe in base alla circostanza che per l'istituzione della città metropolitana di Roma capitale si debba attendere fino all'adozione dell'apposita legge di cui al co. 1 dell'art. 23, ma si giustificerebbe semplicemente alla luce del fatto che di essa si occupa il successivo art. 24, nel quale appunto è prevista la sua trasformazione in città metropolitana che potrà avvenire "a seguito dell'attuazione della disciplina delle città metropolitane". In quest'ottica si può ipotizzare che la trasformazione di Roma capitale in città metropolitana avvenga non necessariamente a seguito dell'attuazione della legge, recante la disciplina ordinaria sulle città metropolitane, ma anche in un momento precedente, a seguito, cioè, dell'attuazione della disciplina transitoria sulla prima istituzione di tali enti, vale a dire dopo l'adozione del regolamento sul procedimento di indizione e svolgimento del referendum locale, nonché dei decreti legislativi che concretamente istituiranno le singole città metropolitane. In tale contesto, appare coerente il riconoscimento, da parte dell'art. 24, co. 10, della parziale applicabilità, anche nei confronti di Roma capitale, della normativa sulle città metropolitane dettata dall'art. 23, la quale viene dichiarata espressamente applicabile anche con riguardo alla disposizione recata dal co. 6, che prevede appunto l'adozione, da parte del Governo, di specifici decreti delegati ai fini dell'istituzione delle

<sup>14</sup> Cfr. G. AMATO, *Roma capitale*, cit., p. 296.

<sup>15</sup> Cfr. G. AMATO, *Roma capitale*, cit., p. 299.

città metropolitane<sup>16</sup>.

Occorre poi evidenziare che i meccanismi procedurali previsti dall'art. 24, anziché agevolare, potrebbero ostacolare l'effettiva istituzione di Roma capitale città metropolitana. Invero la previsione recata dal co. 10 della norma in parola - secondo la quale, non applicandosi le disposizioni contenute nell'art. 23, co. 2, lett. b) e c), non è consentito l'esercizio disgiunto della proposta istitutiva da parte del comune capoluogo o della provincia - rende particolarmente difficile procedere all'effettiva costituzione della città metropolitana di Roma capitale. In sostanza, mentre l'istituzione di Roma capitale si configura come certa, essendo il nuovo ente costituito in diretta applicazione dell'art. 24, che ne regola l'ordinamento transitorio con una disciplina avente immediata efficacia, l'istituzione di Roma capitale città metropolitana appare meramente eventuale, dato che essa potrebbe non essere costituita nell'ipotesi in cui non venga avanzata la proposta concorde di comune e provincia<sup>17</sup>.

Peraltro è presumibile ritenere che i problemi di scala dimensionale più ampia rispetto a quelli strettamente afferenti al territorio del comune di Roma - caratteristici del governo di area vasta - potranno essere più agevolmente superati, non mediante una soluzio-

<sup>16</sup> Cfr. G. AMATO, *Roma capitale*, cit., p. 300

<sup>17</sup> Cfr. A. FERRARA, *La questione della città metropolitana di Roma capitale*, in *www.federalismi.it*, 2 giugno 2010, p. 5.

ne strutturale data dalla creazione della città metropolitana, ma attraverso una soluzione funzionale costituita dal coordinamento istituzionale tra Stato, regione, provincia e città capitale che, disciplinato in via transitoria dall'art. 24, co. 6, potrebbe rappresentare anche a regime la migliore soluzione.

In definitiva, per l'ordinamento di Roma capitale il ricorso a strumenti consensuali appare preferibile rispetto all'istituzione di una città metropolitana *ad hoc*, alternativa quest'ultima che mostra sempre di più la sua intrinseca fragilità<sup>18</sup>.

In conclusione, Roma capitale è finalmente venuta ad esistere, ma la sua è una vita allo stato "*embrionale*", dato che non sono ancora stati emanati i decreti delegati per la specificazione delle funzioni e per l'effettuazione dei trasferimenti finanziari a favore del nuovo ente. Peraltro, considerato il carattere "*aggravato*" della procedura per l'approvazione dei suddetti decreti legislativi, il percorso attuativo di Roma capitale si prospetta lungo e complicato: sarà dunque necessaria una forte e decisa volontà politica per portarlo a termine nell'ambito della legislatura in corso<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. A. FERRARA, *La questione della città metropolitana di Roma capitale*, cit., p. 6.

<sup>19</sup> Cfr. B. CARAVITA, *Articolo 24*, p. 192.

## MISURE MINIME D'INTERVENTO PER GARANTIRE LA PARITÀ DI ACCESSO ALLE CARICHE ELETTIVE: LE “AZIONI POSITIVE ATIPICHE”

della Dott.ssa Fabrizia Covino

Commento alla sentenza della Corte cost. n. 4/2010 sulla c.d. “preferenza di genere” nelle elezioni regionali

1. Con la sentenza n. 4/2010 la C. cost. dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, della l. regionale della Campania n. 4/2009 (Legge elettorale) per la presunta violazione degli artt. 3 co. 1, 51 co. 1 e 117 co. 7, Cost.<sup>1</sup>. La l. regionale introduce la c.d. “preferenza di genere” nell'elezione dei consiglieri regionali, prevedendo che ciascun elettore possa esprimere uno o due voti di preferenza nell'ambito di una stessa lista e che, nel caso esprima due preferenze, esse debbano riguardare un candidato di genere maschile e uno di genere femminile, a pena di annullamento della seconda preferenza<sup>2</sup>. La disposizione è in armonia con l'art. 5 co. 3, dello Statuto campano riformato secondo cui, al fine di conseguire il riequilibrio della rappresentanza dei sessi

<sup>1</sup> La q.l.c. riguarda anche altre disposizioni della l. r. campana n. 4/2009, tra cui gli artt. 2 co. 2; 3 co. 1, 3 e 4; 6 co. 1, relativi alla scelta dei candidati nelle liste elettorali, nonché all'attribuzione dei premi di maggioranza. Le disposizioni sono ritenute in contrasto con l'art. 5 della l. cost. 1/99 che dispone in materia fino all'entrata in vigore degli statuti regionali e delle ll. elettorali. Il Governo ha ritenuto di censurare simili disposizioni perché la l. 4/2009 è stata approvata prima della promulgazione dello Statuto campano. La Corte ha dichiarato cessata la materia del contendere ritenendo che la scansione temporale dell'approvazione della legge e dello Statuto non determina discrasie tra forma di governo e normativa elettorale, poiché i due atti hanno seguito un iter procedimentale parallelo e la preventiva approvazione della legge rispetto alla fonte statutaria è dovuta solo alla doppia deliberazione che contraddistingue quest'ultima, non inficiando i contenuti.

<sup>2</sup> Per un commento alla sentenza cfr. M. RAVERAIRA, “Preferenza di genere”: azione positiva o norma antidiscriminatoria?, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010; L. CALIFANO, L'assenso “coerente” della Consulta alla preferenza di genere, in *Forum dei quaderni costituzionali*, [www.unife.it](http://www.unife.it), 2010.

“la legge elettorale regionale promuove condizioni di parità per l'accesso di uomini e donne alla carica di consigliere regionale mediante azioni positive” e si collega ad altre disposizioni “di contorno” della legge elettorale, quali quelle finalizzate a garantire eguale visibilità delle candidature, un più equo accesso ai media durante la campagna elettorale e così via<sup>3</sup>.

La riforma del titolo V della parte II della costituzione attribuisce alle regioni la potestà legislativa in materia elettorale, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica ai sensi dell'art. 122 co. 1, cost.<sup>4</sup>. Le regioni sono chiamate ad innovare la normativa sul piano dei contenuti, secondo quanto stabilito dall'art. 117 co. 7, cost. per cui “Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive”<sup>5</sup>.

La legislazione elettorale regionale nel prediligere liste plurinominali con voto di

<sup>3</sup> Cfr. art. 10, l. 4/2009. In generale, sulle misure con cui può esplicarsi a livello regionale il riequilibrio dei generi rappresentati cfr. G. BRUNELLI, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle regioni*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, [www.unife.it](http://www.unife.it), 2005, 2 ss.

<sup>4</sup> Sul riparto della potestà legislativa in materia elettorale cfr. G. TARLI BARBIERI, *La materia elettorale tra Stato e Regioni*, in Aa.Vv., *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle Regioni italiane*, a cura di A. Chiaramonte e G. Tarli Barbieri, Bologna, 2007, 41 ss.

<sup>5</sup> Per un commento alla disposizione cfr. L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le regioni*, in Id., A. Di Blasi, M. Giampieretti, *La rappresentanza democratica delle scelte elettorali delle regioni*, Padova, 2002, 17 ss.; A. DEFFENU, *Art. 117, 7° co.*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2301 ss.

preferenza ha posto in essere misure molto caute, ora stabilendo la presenza obbligatoria di candidati dei due sessi nelle liste, ora prevedendo il limite massimo dei 2/3 dei candidati dello stesso sesso<sup>6</sup>, ovvero del 70% in ogni lista, a pena di inammissibilità delle liste<sup>7</sup>.

In questo contesto si inserisce la legislazione elettorale della Campania che delinea, come si è anticipato, una misura più innovativa rispetto alle altre regioni prevedendo la possibilità per l'elettore di esprimere due preferenze di genere diverso a pena di annullabilità della seconda preferenza, pur facendo salvo il voto di lista<sup>8</sup>.

Il ricorrente ha ritenuto simile misura ispirata alla logica delle "quote rosa"; come tale, essa appare limitativa sia dell'elettorato passivo - in violazione dell'art. 3 co. 1, Cost. e dell'art. 51 co. 1, cost. - "in quanto la norma impugnata prevedrebbe un limite di accesso legato al sesso, per la seconda preferenza e quindi un'impropria ragione di ineleggibilità" - sia dell'elettorato attivo, ledendo la libertà di voto, di cui all'art. 48 cost..

2. La dichiarazione di non fondatezza della questione sollevata, in linea con la più recente giurisprudenza in materia, rappresenta un tentativo della Corte di denunciare con chiarezza il persistere dello squilibrio dei generi nelle assemblee elettive a causa di "resistenze culturali e sociali ancora largamente diffuse"<sup>9</sup> che rende l'Italia un caso atipico nel panora-

<sup>6</sup> Art. 9, co. 6, l. reg. Marche n. 5/2005; art. 3, co. 3, l. reg. Puglia n. 2/2005; art. 3, co. 2, l. reg. Lazio n. 2/2005.

<sup>7</sup> Art. 1, l. reg. Abruzzo, n. 9/2005. Per un commento alla normativa regionale cfr. F. PASTORE, S. RAGONE, *Voto di preferenza e rappresentanza di genere nella legislazione elettorale regionale*, in *www.amministrazioneincammino*, 2008, 8 ss.

<sup>8</sup> Per una valutazione positiva della legge elettorale campana cfr. PASTORE, RAGONE, *Voto di preferenza e rappresentanza di genere*, cit., 14.; M. CAIELLI, *La nuova legge elettorale della Regione Campania: a sostegno della costituzionalità delle norme di promozione della democrazia paritaria*, in *www.federalismi.it*, 2009; RAVERAIRA, "Preferenza di genere", cit., 1 ss. che critica le altre leggi elettorali regionali in materia.

<sup>9</sup> Cons. dir. n. 4.

ma internazionale<sup>10</sup>.

Ripercorrendo brevemente il cammino giurisprudenziale, nella sent. 422/1995 la Corte aveva dichiarato l'illegittimità delle norme legislative elettorali che introducevano quote riservate alle donne. Trattandosi di misure legislative diseguali riconducibili all'art. 3 co. 2, cost., esse contrastavano con il principio dell'assoluta parità, sancito all'art. 51 co. 1, cost., sicché la Corte aveva ritenuto che "ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare oggettivamente discriminatoria, diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale, in favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato"<sup>11</sup>.

Con una pronuncia molto discussa il giudice delle leggi, argomentando sulla base dell'art. 3 co. 2, Cost., aveva collocato la questione all'interno dell'annosa problematica delle 'azioni positive' e aveva posto un veto su di esse in materia elettorale<sup>12</sup>.

La successiva sent. 49/2003 compie un passo decisivo nel chiarire i termini della questione<sup>13</sup>.

Il giudice costituzionale - supportato dal mutato quadro costituzionale che esplicita "l'obiettivo del riequilibrio" rendendo doverosa "l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni" - svolge una du-

<sup>10</sup> Apprezzamenti per questa presa di posizione della Corte in RAVERAIRA, "Preferenza di genere", cit., 3; CALIFANO, *L'assenso "coerente"*, cit., 2. Sul diverso panorama internazionale A. DEFFENU, *La parità tra i sessi nella legislazione elettorale di alcuni paesi europei*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 609 ss.

<sup>11</sup> C. cost., sent. 422/1995, cons. dir. n. 6. Per un commento in chiave critica alla sentenza cfr. U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 5, 1995, 3270 ss.; CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza*, cit., 23 ss.

<sup>12</sup> Sulle azioni positive e la materia elettorale cfr. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale* Padova, 2002, 434 ss.; CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza*, 27 ss.

<sup>13</sup> Per un commento a questa sentenza cfr. L. CARLASARRE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. cost.*, 2003, 364 ss. Sulle modifiche e le integrazioni intervenute a livello costituzionale sulla materia, v. *infra* par. 1.

plice azione chiarificatrice. In primo luogo, sottrae le disposizioni contestate sulla parità di accesso alle cariche elettive all'ambito delle azioni positive, ritenendo che non si tratti di misure legislative che pongono in essere trattamenti differenziati favorendo un genere rispetto ad un altro<sup>14</sup>; in secondo luogo, considera che le disposizioni contestate non incidano sul contenuto dei diritti all'elettorato attivo e passivo, poiché esse “*stabiliscono un vincolo non già all'esercizio del voto o all'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, precludendo loro (solo) la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso*”<sup>15</sup>, specificando come tale vincolo operi solo nella fase anteriore alla competizione elettorale e non incida su questa<sup>16</sup>.

Il giudice costituzionale, in altri termini, constatata l'assenza di quell'intensa “*azione di crescita culturale tale da indurre i partiti e le forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica e nelle cariche rappresentative in particolare*” che lo stesso aveva auspicato nel 1995<sup>17</sup>; ritenendo utopistico il verificarsi di un mutamento spontaneo dell'attuale contesto politico-culturale per garantire l'affermazione dei principi di riequilibrio sul piano dell'effettività<sup>18</sup> nonostante l'evoluzione costituzionale, avalla l'intervento del legislatore regionale teso ad imporre ai partiti delle misure volte a realizzare l'eguaglianza delle condizioni di partenza (c.d. parità di *chances*) senza incidere sui risultati della competizione elettorale<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cons. dir. 3.2.

<sup>15</sup> Sent. 49/2003, Cons. dir. n. 3.1.

<sup>16</sup> Su questo punto cfr. R. TOSI, *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, 106 ss.

<sup>17</sup> Cfr. sent. 422/1995, cons. dir. n. 7.

<sup>18</sup> Sull'assenza di un mutamento spontaneo in ambito politico-culturale cfr. DEFFENU, *La parità tra i sessi*, cit., 610.

<sup>19</sup> Sulla c.d. parità di *chances*, CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza*, cit., 13-14.

3. Con la sentenza 4/2010 la C. cost. rigetta le censure mosse dal Governo ritenendo le disposizioni della legge elettorale coerenti rispetto al disposto degli artt. 51 co. 1 e 117 co. 7, cost. Secondo la Corte le disposizioni in questione sono complessivamente ispirate “*al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, nello spirito dell'art. 3 co. 2, cost. che impone alla Repubblica la rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono una piena partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica del paese*”<sup>20</sup>.

La questione viene dichiarata non fondata anche con riferimento alle presunte violazioni dell'art. 48 cost. sulla libertà del voto dal momento che il legislatore regionale dà attuazione al disposto costituzionale, attraverso “*condizioni generali volte a favorire il riequilibrio di genere nella rappresentanza politica, senza introdurre strumenti che possano direttamente incidere sull'esito delle scelte elettorali dei cittadini*”<sup>21</sup>. La disposizione censurata “*non incide né sulla parità di chances*” né si presta “*a prefigurare un risultato elettorale o ad alterare artificiosamente la composizione della rappresentanza consiliare*”<sup>22</sup>. Per come è congegnata, essa potrebbe configurare un riequilibrio dei generi, ma potrebbe prospettare anche soluzioni differenti qualora gli elettori esprimano una sola preferenza prediligendo candidati di sesso maschile.

L'espressione della seconda preferenza non appare lesiva della libertà di voto di cui all'art. 48 cost., in quanto essa rappresenta “*una facoltà aggiuntiva, che allarga lo spettro delle possibili scelte elettorali (...) introducendo, solo in questo ristretto ambito, una norma riequilibratrice volta ad ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva*”<sup>23</sup>. Si tratta, infatti, di una facoltà lasciata agli elettori e, come tale, di una misura aleatoria di riequilibrio di natura non coattiva che risponde ad una finalità

<sup>20</sup> C. cost., 4/2010, cons. dir. n. 3.1.

<sup>21</sup> C. cost., 4/2010, cons. dir. n. 3.2.

<sup>22</sup> Cons. dir. n. 3.2.

<sup>23</sup> Cons. dir. n. 3.3.

promozionale del dato normativo<sup>24</sup>.

4. Le argomentazioni del giudice costituzionale escludono la possibilità che le misure contenute nella legislazione regionale rientrino tra le azioni positive vere e proprie, in quanto si tratta di meccanismi che non hanno come obiettivo quello di alterare l'esito elettorale poiché non consentono il raggiungimento di risultati precostituiti. La disposizione, nella sua formulazione "neutra", prefigura gli effetti di una misura antidiscriminatoria, orientata a rimuovere la disuguaglianza nei punti di partenza, trattandosi di una azione positiva per così dire "atipica" nel senso specificato dalla Corte, vale a dire che gli effetti di essa sono affidati non direttamente al legislatore ma agli elettori, ove scelgano di assecondare le aperture prospettate dalla legge.

Utilizzando alcune categorie concettuali proprie della teoria generale del diritto, la legge elettorale che dispone la doppia preferenza di genere può definirsi alla stregua di una "legge d'incentivazione" il cui elemento peculiare è l'impiego della "tecnica d'incoraggiamento, consistente nel promuovere i comportamenti voluti, anziché quella dello scoraggiamento, consistente nel reprimere i comportamenti non voluti"<sup>25</sup>.

Si tratta di un intervento normativo espressivo della funzione promozionale dell'ordinamento<sup>26</sup> di cui gli artt. 51 co. 1 e 117 co. 7, insieme all'art. 3 co. 2, cost., esplicitamente richiamati dalla Corte quali parametri per fondare il giudizio, sono una manifestazione<sup>27</sup>.

5. A questo punto della riflessione è neces-

<sup>24</sup> Cons. dir. n. 4.

<sup>25</sup> Così, N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1327.

<sup>26</sup> Sulla funzione promozionale del diritto già G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Atomo, petrolio, elettricità*, 1961, 1 ss.; BOBBIO, *op. cit.*, 1322 ss.; sulle potenzialità del modello promozionale cfr. V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel e i modelli di pluralismo nella tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova 1999, 251 ss.

<sup>27</sup> Cons. dir. 4. Sulle finalità promozionali di simili disposizioni cfr. anche D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 441 ss.

sario soffermarsi sul riferimento al principio di eguaglianza fatto da parte del giudice delle leggi nella sentenza in esame.

Va preliminarmente evidenziato che il Governo aveva richiamato la presunta violazione del principio di eguaglianza formale, originata dalla disparità di trattamento contenuta nella disposizione della legge elettorale regionale.

Dal suo canto, come già evidenziato, la giurisprudenza costituzionale legittima l'intervento normativo regionale sulla base del quadro costituzionale, rappresentato dagli artt. 51 co. 1, e 117 co. 7, cost., richiamandosi allo "spirito dell'art. 3 co. 2, cost."<sup>28</sup>. La Corte tiene insieme le disposizioni citate sulla base dell'assunto per cui gli artt. 51 co. 1 e 117 co. 7, cost. che pongono il principio della parità di accesso alle cariche elettive possono essere considerati una specificazione e un completamento del principio di eguaglianza sostanziale<sup>29</sup>.

Ci si chiede, a questo punto della riflessione, se la Corte avesse potuto svolgere la sua argomentazione utilizzando più incisivamente il principio di eguaglianza quale principio che trova un completamento e una specificazione anche all'interno di altre disposizioni, tra cui l'art. 51 co. 1 e 117 co. 7, cost., ma resta in una posizione centrale al fine di un giudizio sulle potenzialità discriminatorie di alcune norme, come quelle censurate, in materia di parità tra i sessi. Si ipotizza, a tal fine, l'impiego dell'intero principio costituzionale di eguaglianza, quale parametro di riferimento, senza scindere i due commi della disposizione.

Il co. 2 dell'art. 3, infatti, rappresenta il fondamento di legittimità delle azioni positive da parte del legislatore sin dalla sentenza 109/1993 che aveva prefigurato la possibilità di dare luogo a discipline giuridiche differenziate a favore di categorie svantaggiate, sulla base del co. 2 dell'art. 3, anche in deroga al generale principio di parità di trattamento stabilito nell'art. 3 co. 1, cost..

Nonostante la Corte abbia esplicitamente ribadito che le misure di riequilibrio fissate in

<sup>28</sup> Cons. dir. 3.1.

<sup>29</sup> Cfr. sul punto D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 228.

materia elettorale non possano rientrare nella fattispecie delle azioni positive, come aveva statuito già nella sent. 422/1995, essa ha comunque ricondotto queste misure a quell'azione di rimozione degli ostacoli di ordine sociale prefigurata nel co. 2 dell'art. 3 Cost.<sup>30</sup>.

Pur ritenendo coerente questa impostazione, si vuole concentrare l'attenzione sul possibile intervento della Corte a favore delle misure di riequilibrio della rappresentanza che abbia come presupposto non solo il principio di eguaglianza sostanziale – in un'ottica che, sebbene non esplicitamente dichiarata dalla Corte, potrebbe risultare di contrapposizione tra i due commi dell'art. 3 – ma l'intero art. 3, in una visione unitaria, osmotica e combinata del principio di eguaglianza stesso<sup>31</sup>.

Ciò si potrebbe ipotizzare considerando la giurisprudenza precedente, tesa ora a recuperare il co. 1 dell'art. 3, quale fondamento delle azioni antidiscriminatorie - statuendo che *“l'obbligo del legislatore di trattare in modo eguale i cittadini non esclude che esso possa dettare norme diverse per regolare situazioni diverse, adeguando la disciplina giuridica a differenti aspetti della vita sociale”*<sup>32</sup> - ora a

<sup>30</sup> Sent. 4/2010, cons. dir. 3.1.

<sup>31</sup> Riflessioni sulla possibile visione in chiave unitaria e integrata del principio di eguaglianza, in L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, spec. 548-549; A. CERRI, *Differenza di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1977, 888 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996, spec. 1970; D'ALOIA, *Eguaglianza*, cit., 268 ss. Sul principio di eguaglianza cfr., almeno, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 17 ss.; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1994; A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co.*; A. GIORGIS, *Art. 3, 2° co.*, entrambi in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 65 ss. e 88 ss., oltre alla bibliografia citata nel testo.

<sup>32</sup> Cfr. C. cost., sent. 53/1958, cons. dir. n. 2 su cui cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 620 ss.; P. BARILE, *Eguaglianza e tutela delle diversità in Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1994, spec. 54-55. Cfr. anche la sent. 3/1957 su cui CARLASSARE, *L'integrazione*, cit., 10

legare esplicitamente i due commi dell'art. 3, affermando che *“il co. 2 dello stesso art. 3 Cost., oltre a stabilire un autonomo principio di eguaglianza sostanziale (...) esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza formale”*<sup>33</sup>.

Sulla base di questi assunti, si ritiene che la Corte avrebbe potuto soffermarsi più incisivamente sulla lesione del principio di eguaglianza in materia elettorale, ove il legislatore avesse omesso di definire simili misure di riequilibrio tra i generi nella rappresentanza politica, anche considerando il mutato quadro costituzionale<sup>34</sup>.

In altre parole la Corte, superando il riferimento al solo principio di cui al co. 2 dell'art. 3, e rigettando una valutazione di *“esclusione-sopraffazione”* tra i due principi espressi nell'art. 3 cost.<sup>35</sup>, avrebbe potuto ricondurre le sue argomentazioni all'interno di una controllo di ragionevolezza teso a verificare i presupposti di razionalità della disparità di trattamento presunta, rifacendosi ad entrambi i principi desunti dall'art. 3 cost.<sup>36</sup>.

ss. che ritiene che il fondamento di legittimità di simili misure antidiscriminatorie in materia elettorale possa essere il co. 1 dell'art. 3 Cost.; CELOTTO, *Art. 3, 1° co.*, cit., 71.

<sup>33</sup> Così la sent. 163/1993 su cui v. le riflessioni di D'ALOIA, *Eguaglianza*, cit., 262 ss.; cfr. anche la sent. 159/1982 su cui si sofferma CELOTTO, *Art. 3, 1° co.*, cit., 71.

<sup>34</sup> Prescindendo dalla polemica sulla portata innovativa delle disposizioni su cui cfr. tra gli altri M. CARTABIA, *Il principio della parità tra uomini e donne nell'art. 117, 7° comma*, in T. Groppi, M. Olivetti, *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, 109 ss.; R. ROMBOLI, *Le modifiche al titolo V della parte II della Costituzione. Premessa*, in *Foro it.*, 2001, 185 ss.

<sup>35</sup> Sull'impiego di questo criterio nel raffronto tra i diversi principi costituzionali cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; D'ALOIA, *Eguaglianza*, cit., 267.

<sup>36</sup> Cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, XXV, 1994 1 ss., anche per l'ulteriore bibliografia. Sull'ampiezza del sindacato di ragionevolezza e sul rapporto con il principio di eguaglianza cfr. anche C. ROSSANO, *“Ragionevolezza” e fattispecie di eguaglianza*, in *Corte costituzionale. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 169 ss.; *Id.*, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1966, *passim*.



Avrebbe così proceduto ad una integrazione del principio della parità giuridica, di cui al co. 1 dell'art. 3, quale esigenza indissolubile, combinato con “la valutazione ragionevole dell'intensità e del grado di persistenza degli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona”<sup>37</sup>.

6. La scelta compiuta dalla Corte di riferirsi ai parametri che più puntualmente richiamano la necessità di un riequilibrio dei generi nella rappresentanza politica, date dagli artt. 51, co. 1 e 117, co. 7, cost., è comunque coerente con la prospettiva dal giudice costituzionale di fugare ogni dubbio sulla necessità e l'urgenza dell'obbligo a carico dei legislatori, di rimuovere gli ostacoli socio-culturali che di fatto limitano la partecipazione effettiva del sesso sottorappresentato.

In questo contesto emerge che, a fronte di interventi dei legislatori regionali che operano in tal senso, come dimostrano le seppur deboli misure contenute nelle leggi elettorali richiamate, diverso è l'approccio del legislatore nazionale. La l. 165/2004 che determina i principi fondamentali in materia elettorale, ai sensi dell'art. 122 co. 1, cost., infatti, non contiene previsioni in tal senso, statuendo unicamente l'obbligo delle regioni di determinare un sistema elettorale che tuteli le minoranze<sup>38</sup>.

In definitiva, nonostante il disposto costituzionale delinea un'azione promozionale di riequilibrio della rappresentanza dei generi nella vita politica del paese che rende inattuabile qualsiasi interpretazione restrittiva del disposto di cui all'art. 51 co. 1, e 117 co. 7, cost., coerentemente con gli obiettivi definiti a livello internazionale e sovranazionale -

<sup>37</sup> Così, D'ALOIA, *ibidem*.

<sup>38</sup> Art. 4, co. 1, lett. a) l. 165, su cui in chiave critica CAIELLI, *La nuova legge elettorale*, cit., 3-4; RAVERAIRA, *op. cit.*

come dimostrano i Trattati internazionali ratificati dall'Italia, quali la Convenzione di New York del 1979<sup>39</sup> e l'art. 23 della Carta di Nizza richiamata dall'art. 6 co. 1, del Trattato di Lisbona<sup>40</sup> - il dibattito istituzionale è animato da una miopia di fondo del sistema tesa a rallentare i seppur minimi passi in avanti che si tentano di compiere e che sono rappresentati dalle misure previste nei nuovi statuti e nelle leggi elettorali regionali in materia di accesso alle cariche elettive.

Gli interventi dei legislatori regionali, infatti, pur perseguendo come primario obiettivo il riequilibrio della rappresentanza politica – avvalorando, così, istanze provenienti dal corpo sociale nel contesto di quel legame complementare tra diritto ed extragiuridico messo in evidenza dalla dottrina<sup>41</sup> - sono finalizzati al raggiungimento di un comune e più ampio obiettivo, volto all'instaurazione di un legame più profondo tra istituzioni e corpo sociale<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna ratificata dall'Italia con l. 132/1985.

<sup>40</sup> “L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata a Strasburgo, il 12 dicembre 2007 che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

<sup>41</sup> Sul punto cfr. D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932, tr. it. *Diritto costituzionale e struttura sociale*, in R. Bifulco (a cura di), Padova, 1999, 61 ss., per cui “Il diritto è il complemento dell'extragiuridico e l'extragiuridico è il complemento del giuridico, e ciò che manca in questo deve trovarsi nel primo”. A tal proposito l'a. parla di “rapporto compensativo”, *ibidem*, 80.

<sup>42</sup> Cfr. sul punto CARLASSARE, *L'integrazione*, cit., 2 ss.

## GIURISPRUDENZA

### PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.7.2010, n. 4575  
**Conferenza di servizi - provvedimento conclusivo - natura giuridica.**

**Conferenza di servizi - ex d. lgs. 259/2003 - legittimazione.**

**Conferenza di servizi - regione - partecipazione - pluralità di rappresentanti.**

*Il provvedimento finale di una conferenza di servizi rappresenta non solo una sorta di momento meramente riepilogativo (e dichiarativo) delle determinazioni assunte in sede di Conferenza, ma un vero e proprio momento costitutivo delle determinazioni conclusive del procedimento. In tal modo il cittadino interessato dal procedimento di cui agli artt. 14 ss. l. 241/90 ha come proprio referente ed interlocutore il solo responsabile del complessivo procedimento e, quindi, una sola amministrazione, lasciando che il concerto fra le amministrazioni all'interno dei processi decisionali della PA.*

*Ai sensi dell'art. 87, co. 6, d. lgs. 259/2003, possono partecipare alla conferenza decisoria gli enti locali, l'Agenzia per la protezione ambientale competente ai sensi dell'art. 14, l. 36/2001, le Amministrazioni della l. 22.2.2001, n. 36, i Ministeri (con delega formale al rappresentante) in quanto debbano rendere "intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati". Possono inoltre partecipare, senza diritto di voto, il soggetto proponente il progetto (art. 14 ter co. 2 bis l. 241/90), e i privati portatori di interessi che siano riconosciuti rilevanti nella valutazione del responsabile del procedimento.*

*Ai sensi dell'art. 14-ter, co. 6, l. 241/1990, ogni amministrazione convocata partecipa alla conferenza di servizi attraverso un unico rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa. Ne discende che la Regione, dovendo essere considerata come una unica amministrazione, non riscontrandosi una soggettività giuridica distinta per ciascuna del-*

*le sue strutture organizzative, deve esprimere la propria posizione nella conferenza attraverso un unico rappresentante, quale risultato di sintesi della preliminare ponderazione interna dei vari profili di interesse coinvolti; tutto ciò essendo coerente con le finalità di semplificazione e concentrazione dei procedimenti amministrativi perseguite con lo strumento della conferenza di servizi, eluse se la rappresentanza di ciascuna amministrazione è frammentata con il rischio, da un lato, che la sua manifestazione di volontà non sia univocamente individuabile e, dall'altro, che sia alterata l'espressione dell'indirizzo maggioritario nell'ambito della conferenza a causa della pluralità di voti espressi a nome di una stessa amministrazione.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.5.2010, n. 2966  
**Accesso - esercizio - proprietario del fondo limitrofo - legittimazione - in relazione ai titoli edilizi e paesaggistici rilasciati in favore del proprietario del terreno vicino.**

*Il proprietario del fondo confinante con quello su cui siano state realizzate nuove opere ha il diritto di accesso a tutti gli atti abilitativi edilizi quando faccia valere l'interesse ad accertare il rispetto delle previsioni urbanistiche ed indipendentemente dalla servitù prediale; pertanto, tale posizione di vicinanza, presentandosi come qualificata e differenziata, e non indirizzata ad un controllo generalizzato dell'azione amministrativa, è sufficiente ai sensi dell'art. 22 l. 241/1990 a legittimare il diritto di accesso alla documentazione amministrativa richiesta.*

*La fattispecie che ha dato luogo alla sentenza di cui è massima trae origine dal diniego di istanza di accesso dei titoli edilizi e paesaggistici relativi ad una strada in cemento. La proprietaria di un fondo di un Comune formulava istanza di accesso all'amministrazione comunale in relazione ai titoli edilizi e paesaggistici legittimanti la realizzazione di una strada carrabile in cemento, per verificarne la regolarità. La stessa assumeva di essere titolare di una servitù di passaggio, sorta a seguito della stipula di un contratto di permuta tra il proprietario del fondo su cui*

insisteva la strada e il proprio dante causa e vantava, pertanto, un interesse all'accesso, comprovato dal deposito di copia dell'atto di compravendita del proprio immobile, nonché della dichiarazione di successione della madre della propria dante causa. Il comune negava l'accesso sulla base di una nota del proprietario del fondo limitrofo, che evidenziava l'insufficienza dei dati prodotti al fine di dimostrare un interesse preciso in ragione della servitù di passaggio sui propri fondi. Avverso tale diniego l'interessata proponeva ricorso, che veniva respinto dal TAR, in quanto dalla documentazione prodotta non si poteva desumere la servitù di passaggio. La ricorrente proponeva appello sostenendo l'erroneità della sentenza in quanto il suo diritto di servitù era desumibile dall'esame delle mappe catastali ed in ogni caso la *vicinitas* tra fondi era sufficiente a legittimare l'accesso agli atti relativi la costruzione di nuove opere.

Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento, chiarendo che l'atto di compravendita, contiene precisazioni immobiliari, tali da far evincere l'esistenza di un sentiero pedonale, che insiste sul terreno di terzi, con diritto di servitù di passaggio, ha ritenuto che tale precisazione è sufficiente a radicare un interesse ad esercitare il diritto di accesso ai titoli edilizi e paesaggistici da parte del proprietario del fondo nei cui confronti sia stata precisata la servitù di passaggio nell'atto di compravendita. Indipendentemente, però, dalla servitù prediale, al proprietario del fondo vicino a quello su cui siano state realizzate nuove opere spetta il diritto di accesso a tutti gli atti abilitativi edilizi quando faccia valere l'interesse ad accertare il rispetto delle previsioni urbanistiche (CdS, IV, 21.11.2006, n. 2966). Ne discende che, la situazione di *vicinitas* delle aree, in quanto qualificata e differenziata e non preordinata ad un controllo generalizzato dell'azione amministrativa è sufficiente ai sensi dell'art. 22 l. 241/1990 a legittimare il diritto di accesso alla documentazione amministrativa relativa a titoli edilizi e paesaggistici (Red. Alessandra Domenici).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.5.2010, n. 2639  
**Accesso - dati sensibili - art. 60 codice protezione dati personali - bilanciamento di interessi - effettuato in concreto - è necessario.**

**Accesso - dati sensibili - art. 60 codice protezione dati personali - sola visione della documentazione richiesta - è limitato.**

*In materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi concernenti dati sensibili, l'art. 60 del codice in materia di protezione dei dati personali statuisce che il trattamento di tali dati è consentito solamente se sussiste un bilanciamento fra la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con l'istanza di accesso e i diritti dell'interessato; pertanto, tale bilanciamento deve avvenire verificando non in astratto, ma in concreto se il diritto che si intende far valere o difendere attraverso l'accesso è di rango almeno pari a quello della riservatezza.*

*Nell'ipotesi in cui sia presentata un'istanza di accesso ai documenti contenente dati sensibili, ai sensi dell'art. 60 del codice in materia di protezione dei dati personali, l'accesso è consentito nella forma limitata della sola visione del carteggio strettamente necessario a consentire la tutela della situazione giuridica del richiedente.*

Per dati sensibili si intendono i dati personali la cui raccolta e il cui trattamento sono soggetti sia al consenso dell'interessato sia all'autorizzazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali.

L'art. 4 del codice sulla protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196/2003) individua i dati sensibili in un elenco tassativo: l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, lo stato di salute e la vita sessuale (Red. Valeria Coppola).

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.4.2010, n. 2465  
**Comuni e province - sindaco - ordinanze in materia di ordine e sicurezza pubblica - potere di vietare o limitare la vendita e l'introduzione di bevande alcoliche nello stadio comunale.**

**Comuni e province - sindaco - ordinanze in materia di ordine e sicurezza pubblica - superamento dei limiti normativi - divieto assoluto di vendita di bevande alcoliche all'interno dello stadio comunale - carenza di istruttoria e di motivazione - situazione di**

**concreto pericolo.**

*Rientra tra le competenze del Sindaco, quale Ufficiale di Governo in materia di ordine e sicurezza pubblica ex art. 54, lett. b) e d) del d. lgs. n. 267/2000 e art. 161 del d. lgs. n. 112/1998, il potere di vietare o limitare la vendita e l'introduzione di bevande alcoliche nello stadio comunale.*

*Il potere sindacale di ordinanza risulta esercitato in modo esorbitante rispetto ai limiti che lo perimetrano, ai sensi della normativa speciale recata dall'art. 5 della l. n. 287/1991, oltre che in relazione al disposto dell'art. 54 del d. lgs. n. 267/2000 sul piano della congruità della motivazione e dell'ambito temporale di operatività, quando esso prescriva un divieto assoluto di somministrare bevande alcoliche nello stadio comunale e negli esercizi pubblici in prossimità dello stesso, in occasione degli incontri aperti al pubblico, in qualsiasi orario e giorno della settimana, senza che vi sia stata un'istruttoria e senza una motivazione che evidenzii una situazione di concreto pericolo.*

Nella fattispecie in commento, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi sull'impugnativa di una sentenza del TAR Lazio, che ha respinto il ricorso proposto dalla titolare della ditta avente in gestione il bar dello stadio comunale, avverso un'ordinanza adottata dal Sindaco del medesimo Comune, ai sensi dell'art. 54 TUEL. Con tale ordinanza veniva stabilito un divieto generalizzato di vendita e somministrazione di bevande alcoliche di qualsiasi gradazione all'interno dello stadio comunale durante le partite di calcio. Il TAR Lazio aveva ritenuto legittimo tale provvedimento, in considerazione della necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica e di contrastare il grave fenomeno della violenza negli stadi. La materia in esame trova la sua fonte normativa nell'art. 5 co. 2 della l. 25.8.1991, n. 287, il quale uniformandosi alle prescrizioni dettate dalla Convenzione di Strasburgo del 19.8.1985, ha riconosciuto in capo al Sindaco il potere di vietare o limitare la vendita e la somministrazione di bevande aventi contenuto alcolico superiore al 21 per cento nello stadio comunale, nonché il potere di estendere eccezionalmente e temporaneamente il medesimo divieto anche alle bevande con contenuto alcolico inferiore al 21 per cento del volume. In quest'ultimo caso,

però, occorre sempre il compimento di un'istruttoria e una motivazione che evidenzino una situazione di concreto pericolo per la pubblica sicurezza, tale da giustificare il ricorso ad una misura dalla portata più restrittiva. I Giudici di Palazzo Spada, con la sentenza in commento, pur confermando che il potere di vietare o limitare la vendita di bevande alcoliche nello stadio comunale rientrava legittimamente nelle competenze del Sindaco come Ufficiale di Governo, in materia di ordine e sicurezza pubblica, hanno osservato che l'ordinanza adottata si discostava dal paradigma normativo – costituito dalla normativa speciale dettata dall'art. 5 l. n. 287/1991 e dall'art. 54 d. lgs. n. 267/2000 – in quanto fissava un divieto generalizzato di vendita e somministrazione di alcolici nello stadio comunale e negli esercizi pubblici in prossimità, in occasione degli incontri aperti al pubblico, in qualunque orario e giorno della settimana, senza essere confortata da un'istruttoria e da una motivazione che evidenziassero una situazione di concreto pericolo per la pubblica sicurezza. Pertanto, il Consiglio di Stato accogliendo l'appello proposto, ha annullato la sentenza del TAR Lazio (*Red. Fabiana Misino*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 29.4.2010, n. 2457  
**Processo amministrativo - impugnazioni - legittimazione attiva - azione popolare ex art. 9 TUEL - natura - presupposti. Comuni e province - consiglieri comunali e provinciali - delibere del consiglio comunale - legittimazione ad impugnare - violazione dello ius ad officium - necessità.**

*Ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. n. 267 del 2000 ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia; questa norma che configura un caso di azione popolare in sostituzione dell'ente locale da parte del cittadino elettorale, riguarda azioni di tipo sostitutivo e non correttivo in cui gli attori si pongano in contrasto con la volontà dell'ente stesso; pertanto, l'azione popolare ex art. 9 cit. può essere ammessa solo per il caso di inerzia dell'ente ovvero per il caso di omissione, da parte dello stesso, dell'esercizio delle azioni e dei ricorsi che gli competono.*

*In via di principio i consiglieri comunali, in quanto tali, non sono legittimati ad agire contro l'amministrazione di appartenenza, dato*

*che il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive; pertanto, un ricorso di singoli consiglieri può ipotizzarsi soltanto allorché vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all'ufficio dei medesimi e quindi su un diritto spettante alla persona investita della carica di consigliere, né ogni violazione di forma o di sostanza nell'adozione di una deliberazione, che di per sé può produrre un atto illegittimo impugnabile dai soggetti diretti destinatari o direttamente lesi dal medesimo, si traduce in una automatica lesione dello ius ad officium, altrimenti si giungerebbe al paradosso per cui qualunque delibera consiliare dovrebbe ritenersi impugnabile dai consiglieri dissenzienti quanto meno con riferimento alla censura relativa alla pretesa conformità di essa al modello legale.*

La questione controversa all'esame del Consiglio di Stato nasce dall'impugnazione di una sentenza con cui il TAR Liguria aveva accolto il ricorso proposto da alcuni consiglieri comunali e cittadini elettori di un comune, i quali avevano impugnato, chiedendone l'annullamento, una deliberazione adottata dal consiglio comunale concernente l'approvazione del bilancio di previsione.

Il Consiglio di Stato, nella prima parte della sentenza di cui è massima, affronta la questione della natura e dei presupposti dell'azione popolare esercitata dai cittadini elettori di un comune ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. n. 267 del 2000: tale norma, secondo giurisprudenza consolidata, configura un'azione popolare di tipo sostitutivo o suppletivo che consente al cittadino elettore di tutelare i diritti e gli interessi dell'ente in caso di inerzia dei suoi amministratori, e non già di tipo correttivo, in contrasto con la volontà dell'ente stesso. Nella fattispecie in epigrafe, il Consiglio di Stato, discostandosi dal *dictum* del Tribunale di prime cure, ha ritenuto inammissibile l'esercizio dell'azione popolare da parte dei cittadini elettori in quanto l'ente locale aveva già provveduto, per il tramite della delibera impugnata, ad esprimere la propria volontà; quindi, l'esercizio dell'azione popolare sostitutiva finiva inammissibilmente per sostituirsi alla volontà già espressa ed imputabile all'ente, con conseguente *vulnus* del principio democratico

rappresentativo.

Quanto al ricorso proposto dai consiglieri comunali, nella sentenza in commento viene rilevato che i consiglieri dissenzienti, in linea di principio, non hanno un interesse protetto e differenziato all'impugnazione delle deliberazioni dell'organismo del quale fanno parte, ma sono legittimati a ricorrere negli stretti limiti riguardanti le violazioni dello *ius ad officium*, quali, ad esempio, le violazioni che incidono direttamente sul diritto e dovere del consigliere comunale di esercitare la propria funzione tramite il proprio voto. Nel caso concreto, i consiglieri comunali si lamentano del modo in cui altri consiglieri hanno esercitato il loro diritto di voto.

Ad avviso del giudice amministrativo, ciò non costituisce una lesione diretta del loro diritto all'ufficio, in quanto nessuna strutturale lesione delle prerogative di un consigliere può derivare dall'uso disfunzionale delle prerogative di altro consigliere. L'atto in tal modo adottato può essere impugnato esclusivamente dal soggetto direttamente leso, in un'ottica di giurisdizione di diritto soggettivo ancorata ad una concreta ed individuabile posizione giuridica soggettiva (*Red. Ilaria De Nicola*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 1.4.2010, n. 1497

**Comuni e province - sindaco - ordinanze contingibili ed urgenti - diffida dalla detenzione di animali - omessa previsione di un ricovero alternativo - illegittimità.**

*Fermo restando, in presenza di un effettivo pericolo per la salute pubblica, il potere del sindaco di adottare ordinanze contingibili e urgenti, laddove i destinatari siano diffidati dalla detenzione di animali di qualsiasi specie, non potrà ignorarsi la necessità di approntare un ricovero alternativo pena l'illegittimità dell'ordinanza stessa per mancata ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, in relazione all'effettività del rispettivo pregiudizio.*

La fattispecie in epigrafe trae origine da un'ordinanza contingibile ed urgente adottata, ex art. 54 del TUEL, dal Sindaco di un comune, mediante la quale ai destinatari era fatto divieto di detenere animali di qualsiasi tipo e specie nella loro proprietà, con conseguente ed immediato obbligo di allontanare quelli ivi detenuti.

Avverso di essa proponevano ricorso i proprietari lamentando la carenza dei presupposti legali per l'esercizio del potere d'ordinanza, nonché l'incompetenza del Sindaco ad emanare il provvedimento *de quo* stante la pendenza di procedimento penale per maltrattamento d'animali a carico dei ricorrenti. Il TAR Liguria, Sez. I, con sentenza n. 3871 del 23.12.2009 accoglieva il predetto ricorso non ravvisando alcun pericolo per l'incolumità pubblica, né risultando accertata la pericolosità della detenzione per la salute degli animali ed, infine, ritenendo competente l'autorità giudiziaria procedente. Ebbene il Comune ha impugnato la citata sentenza chiedendone, in via incidentale, la sospensione. Con ord. del 1.4.2010, n. 1497, di cui è massima, il CdS, Sez. V, parzialmente unificandosi al *dictum* del Tribunale di prime cure ha rigettato l'appello cautelare precisando che, fermo il potere del Comune di porre rimedio a situazioni di pericolo per la salute pubblica, lo stesso non possa esplicarsi in assenza di un'adeguata valutazione e ponderazione degli interessi pubblici e privati sottesi al pregiudizio da arginare. Pertanto il Sindaco, onde evitare la dichiarazione d'illegittimità dell'ordinanza, avrebbe dovuto indicare una sistemazione alternativa per gli animali da allontanare (*Red. Ilaria Di Toro*).

Corte dei Conti, Sez. Regionale Lombardia, Parere n. 308/2010

**Enti locali - autonomia organizzativa - vigenza della disciplina dell'art. 110 TUEL - d. lgs. n. 150/2009 - incarichi dirigenziali o di alta specializzazione - funzionari categoria D - non applicabilità.**

*In virtù dell'autonomia organizzativa, costituzionalmente riconosciuta agli enti locali e nell'attuale assenza di un intervento legislativo espresso sul punto, è da ritenere che le disposizioni di cui all'art. 110 TUEL siano vigenti anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009; pertanto, la normativa in questione è espressamente dichiarata applicabile agli incarichi con qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, restando esclusi i funzionari di categoria D che non rivestono quest'ultima qualificazione.*

Col presente parere la Corte dei Conti ha spiegato che il d. lgs. n. 150/2009 (c.d. Brunetta)

non ha esplicitamente abrogato l'art. 110 TUEL, nonostante abbia apportato modifiche importanti alla disciplina del lavoro pubblico. Si tratta di norme di diretta attuazione dell'art. 97 cost., al fine di garantire i principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione.

Pertanto, gli enti locali e le regioni devono adeguarsi a queste disposizioni data la superiorità gerarchica di suddette norme, anche nel caso in cui non è prevista un'espressa modifica o abrogazione.

Ma si è creata un'incompatibilità tra il testo dell'art. 110 TUEL e le novità introdotte all'art. 19 d. lgs. n. 119/2001 e dall'art. 40 d. lgs. n. 150/2009, che fissa un limite per i dirigenti organici.

La disciplina dettata da tale disposizione, così come modificata dal decreto Brunetta, non è applicabile alla dirigenza degli enti locali e pertanto, sopravvive l'applicabilità dell'art. 110 TUEL per quanto riguarda l'organizzazione dirigenziale: infatti, l'art. 19 co. 6 *bis* prevede una distinzione in fasce dei dirigenti, al contrario di quanto avviene per gli Enti locali.

Dunque, fatta salva l'autonomia degli Enti Locali, continuano ad applicarsi gli artt. 109 e 110 d. lgs. n. 267/2000 (TUEL) per le parti non diversamente disciplinate dall'art. 19, co. 6, d. lgs. 165/2001, come modificato dal decreto Brunetta che, per espressa previsione del co. 6 *ter*, si applica anche agli enti Locali.

Le disposizioni dettate dall'art. 110 TUEL restano in vigore per le categorie indicate, per le amministrazioni locali, e prevedono una disciplina particolare e compiuta della dirigenza locale, senza stabilire alcun limite per le assunzioni a tempo determinato finalizzate alla copertura dei posti di responsabili degli uffici e dei servizi previsti in organico, ponendosi quindi in maniera alternativa alla nuova normativa statale (*Red. Roberto Malzone*).

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 8.7.2010, n. 2478  
**Enti locali - rappresentanti - nomina - scelta fiduciaria pubblicistica - nomina privatistica - differenze - fattispecie - natura giuridica.**

*Secondo l'espresso disposto dell'art. 50, co. 8, d. lgs. 18.8.2000, n. 267, "sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il*

presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni”. La norma in esame prevede nomine che non conseguono all’esito di una procedura concorsuale, ma ineriscono alla scelta fiduciaria di un soggetto ritenuto dal designante non soltanto professionalmente competente, ma in sintonia con gli indirizzi politico-amministrativi perseguiti dalla stessa amministrazione, in coerenza con la logica pubblicistica nella quale il controllo di un ente su un altro ente o azienda avviene di norma mediante la nomina di propri rappresentanti in seno al consiglio di amministrazione dell’ente controllato. Esistono tuttavia casi in cui la nomina (ed il contrarius actus della revoca) riguardano un soggetto privato, quindi non rientrante nelle categorie individuate dalla norma invocata caratterizzate da una connotazione eminentemente pubblicistica. In tali casi, l’ente locale procede alla nomina nell’esercizio della propria capacità di diritto civile, della quale è titolare al pari di ogni altro soggetto dell’ordinamento, e quindi, non nomina un rappresentante dell’ente stesso, ma un cittadino degno di fiducia secondo una valutazione discrezionale del Sindaco, quale pubblica autorità, senza che in alcun modo possano riscontrarsi collegamenti con l’indirizzo politico-amministrativo dell’ente locale, sì che, non è applicabile l’art. 50, co. 8, TUEL, dovendo la nomina e la revoca devono essere sorrette esclusivamente da una congrua motivazione.

È soggetta alle regole di cui all’art. 50, co. 8, TUEL, la revoca dalla carica di consigliere di una fondazione teatrale che svolge funzioni assimilabili a quelle di un ente pubblico strumentale del Comune, che per suo tramite porta avanti la propria politica culturale.

Fra il rappresentante dell’ente e l’organo che lo nomina sussiste un rapporto assimilabile alla rappresentanza di diritto comune, e in tale ambito l’obbligo del rappresentante di rispondere ad una richiesta di chiarimenti del rappresentato, in particolare se formalmente espressa, risponde ad una necessità logica, prima che giuridica, perché il rappresentato deve poter essere informato senza ritardo di

quanto si fa in suo nome e per suo conto. Pertanto, la mancata risposta ad una richiesta di chiarimenti siffatta va ritenuta di per sé indice del venir meno del rapporto fiduciario fra rappresentato e rappresentante, senza necessità di un previo atto che lo stabilisca in modo esplicito.

TAR Toscana, Sez. I, 7.6.2010, n. 1704

**Comuni e province - natura del potere esercitato dalla PA - determinazione - riferimento al nomen juris e alle norme applicate - non è sufficiente - ricostruzione ermeneutica - è necessaria.**

**Comuni e province - art. 54, co. 6, TUEL - ordinanza contingibile ed urgente - tutela della salute pubblica - inquinamento acustico derivante dalla somministrazione di alimenti e bevande - rispetto di orari di apertura da parte del gestore - tutela di alcuni soggetti privati - illegittimità.**

Ai fini della determinazione della natura del potere esercitato dalla PA non è sufficiente il mero riferimento al nomen juris dell’atto e neppure quello alle norme di cui si asserisce aver fatto applicazione, non essendo necessariamente correlata alla tipicità del potere la nominatività del tipo di provvedimento; pertanto, occorre operare una ricostruzione ermeneutica che si basi – oltre che sulla parte dispositiva dell’atto – anche sulla sua motivazione e sul procedimento che ne costituisce il presupposto.

Ai sensi dell’art. 54, co. 6, TUEL, in caso di inquinamento acustico, presupposto per l’adozione dell’ordinanza contingibile ed urgente è che il pericolo che si intende fronteggiare minacci un interesse di natura generale, di tipo diffuso, che trascende la posizione del singolo cittadino nominativamente individuato, al quale l’ordinamento offre, peraltro, la tutela privatistica del c. c. in tema di immissioni; pertanto, è illegittima per eccesso e/o sviamento di potere, l’ordinanza extra ordinem con la quale il Sindaco, per dichiarati fini di tutela della salute pubblica e per ridurre l’inquinamento acustico derivante da un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande al pubblico, ha ordinato al gestore dell’esercizio stesso il rispetto di ridotti orari di apertura, nel caso in cui tale ordinanza sia stata emessa solamente al fine di tutelare esclusivamente la quiete e il riposo di

*alcuni soggetti privati.*

Con l'ordinanza sindacale gravata veniva ingiunto alla società ricorrente di poter utilizzare l'area esterna dell'esercizio per la somministrazione di alimenti e bevande al pubblico nel rispetto dei seguenti orari: "dal 1° ottobre al 31.5.fino alle ore 22,00; dal 1° giugno al 30 settembre fino alle ore 23,00; il sabato e nei giorni prefestivi fino alle ore 23.30. Senza alcuna flessibilità di chiusura" oltre ad ulteriori prescrizioni alle quali la stessa si sarebbe dovuta attenere. Il gestore dell'esercizio commerciale - sulla scorta dell'art. 54, co. 4 e 6, TUEL, per il quale il Sindaco, quale ufficiale di Governo, può adottare ordinanze *extra ordinem* al fine di eliminare o prevenire gravi pericoli che minaccino l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, anche nel caso di inquinamento acustico - eccepisce lo sviamento di potere da parte dell'amministrazione che ha adottato il censurato provvedimento per la risoluzione di problematiche totalmente svincolate dai presupposti suindicati ed, anzi, al dichiarato fine di tutelare la quiete e il riposo di taluni dei condomini che, affacciando le loro proprietà sulla corte dove viene svolta nella stagione estiva l'attività dell'esercizio, avevano segnalato al comune l'inconveniente. Il Tar, dunque, attesa la natura privata dell'area e degli interessi in questione che rendono evidente lo sviamento del potere esercitato, accoglie il ricorso *de quo* (Red. Valeria Coppola).

TAR Campania, Na, Sez. II, 5.5.2010, n. 2674  
**Procedimento amministrativo - art. 21 quater l. n. 241/1990 - sospensione ad opera della PA - finalità cautelari - gravi ragioni - tempo necessario - ha carattere eccezionale.**  
**Procedimento amministrativo - art. 21 quater l. n. 241/1990 - sospensione ad opera della PA - rilascio del permesso di costruire - finalità cautelari - termine finale di efficacia della sospensione - implicitamente desumibile - legittimità.**

*Dalla lettura dell'art. 21 quater della l. 7.8.1990, n. 241 si rileva che, pur ricorrendo ai necessari presupposti delle "gravi ragioni", indispensabili per la sua emanazione, e, del "tempo strettamente necessario" entro il quale può essere disposta, la sospensione di precedenti provvedimenti riveste un carattere pur*

*sempre eccezionale.*

*E' legittima, e non in contrasto con l'art. 21 quater della l. 7.8.1990 n. 241, la sospensione del procedimento amministrativo avente ad oggetto il rilascio di un permesso di costruire, sino all'acquisizione di un parere legale sulla legittimità dello strumento urbanistico comunale, senza determinazioni definitive, quando questa è disposta per finalità cautelari nel caso in cui, nonostante sia stata omessa la fissazione del termine finale esplicito di efficacia della sospensione stessa, tale termine sia comunque implicitamente desumibile; pertanto, in tal caso la sospensione non rappresenta una soprassessoria sine die, venendo a coincidere, comunque, con un termine certus an et quando, del quale vengono indicati precisi elementi idonei alla sua individuazione.*

Alla stregua dei suesposti principi, il TAR della Campania ha rigettato il ricorso proposto dal cittadino di un Comune - nella specie titolare di una richiesta ad edificare - avverso il provvedimento che aveva sospeso la pratica di richiesta di permesso di costruire per demolizione e ricostruzione di fabbricato di proprietà del ricorrente. Il cittadino lamenta che la sospensione delle pratiche è stata posta in essere senza adottare determinazioni definitive. Il giudice amministrativo respinge la domanda sulla base dell'art. 21 quater della l. 7.8.1990, n. 241 per il quale "l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è implicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito una sola volta nonché ridotto per sopravvenute esigenze".

Difatti, a detta del TAR, il comune avrebbe operato per finalità indubbiamente cautelari e legate a gravi ragioni, omettendo la fissazione del termine finale esplicito di efficacia della sospensiva venendo a coincidere con un termine "certus a net quando" (Red. Elisa Scozzo).

TAR Puglia, Sez. II, 7.4.2010, n. 1326  
**Comuni e province - amministratori - cumulo tra indennità di funzione e i gettoni di presenza per più incarichi elettivi presso enti diversi - disciplina applicabile a seguito**



**dell'art. 2, co. 25, l. n. 244 del 2007 - rimes-  
sione del potere di adottare determinazioni  
in merito agli enti locali - questione di legiti-  
mità costituzionale - infondatezza.**

*Con l'abrogazione dell'art. 82, co. 6 TUEL, ad opera dell'art. 2, co. 25, l. n. 244 del 2007 (l. finanziaria 2008), il legislatore non ha espres-  
samente introdotto il divieto di cumulo tra  
l'indennità di funzione e i gettoni di presenza  
per i consiglieri comunali e provinciali che  
svolgano incarichi presso diversi enti locali,  
risultando, di conseguenza, rimessa alla libera  
determinazione dell'amministrazione compe-  
tente la scelta se consentire o meno il predetto  
cumulo nell'ipotesi in cui un amministratore  
locale ricopra due incarichi presso due enti di-  
versi; pertanto, è manifestamente infondata la  
questione di legittimità costituzionale dell'art.  
2, co. 25, l. n. 244 del 2007 atteso che non ap-  
pare manifestamente irragionevole l'opzione  
legislativa di rimettere all'amministrazione  
competente tale scelta.*

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima concerne una nota con cui la provincia di Bari ha disposto il divieto di cumulo tra l'indennità di funzione e i gettoni di presenza in danno degli amministratori che ricoprono cariche presso Enti locali diversi, nonché di ogni altro atto a questo presupposto, connesso e conseguente.

Avverso tale nota veniva proposto ricorso adducendo l'esistenza, in seguito all'abrogazione dell'art. 82, co. 6, d. lgs. n. 267/2000 da parte dell'art. 2, co. 25, l. n. 244 del 2007 (l. finanziaria 2008), del divieto di cumulo tra l'indennità di funzione e i gettoni di presenza dovuti agli amministratori in relazione a mandati elettivi presso enti diversi.

Il TAR Puglia, con la sentenza in commento, ha invece dichiarato la legittimità del provvedimento con il quale la provincia di Bari ha escluso il cumulo tra l'indennità di funzione per la carica di Sindaco ricoperta da alcuni Consiglieri provinciali e i gettoni di presenza previsti per la partecipazione degli stessi alle sedute del Consiglio provinciale. Infatti, secondo il giudice amministrativo l'abrogazione dell'art. 82, co. 6, cit., va interpretata nel senso che è rimessa alla libera determinazione dell'amministrazione competente la scelta se consentire o meno tale cumulo nell'ipotesi in cui un amministratore lo-

cale ricopra due incarichi presso enti diversi; conseguentemente, il giudice amministrativo ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 25, cit., nella parte in cui consente alle amministrazioni locali la possibilità o meno di disporre il predetto divieto, poiché non ha ritenuto non manifestamente irragionevole l'opzione legislativa di rimettere all'amministrazione competente tale scelta (Red. Carolina Morici).

TAR Lombardia, Sez. III, 4. 4.2010, n. 981

**Comuni e province - sindaco - ordinanze emesse nella qualità di ufficiale di governo ex art. 50, co. 5 TUEL - così come riformato dal d.l. n. 125 del 2008 (cd. decreto Maroni) - intervento extra ordinem - presupposti - emergenze igienico sanitarie non fronteggiabili con mezzi ordinari - necessità.**

**Comuni e province - sindaco - ordinanze - tutela sicurezza pubblica - intesa come attività di prevenzione e repressione dei reati.**

**Comuni e province - sindaco - ordinanze ex art. 50, co. 5 TUEL - assenza di un'accertata situazione di emergenza sanitaria - deve essere fronteggiata con i mezzi ordinari.**

*I poteri di ordinanza del Sindaco per motivi di tutela della salute pubblica, di cui all'art. 50 co. 5 d. lgs. n. 267/2000, possono essere giustificati solo da circostanze imprevedibili all'origine di vere e proprie emergenze igienico sanitarie non fronteggiabili con mezzi ordinari<sup>1</sup>.*

*Anche dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 92/2008 ed i nuovi poteri attribuiti ai Sindaci in materia, il potere di ordinanza sindacale ai sensi del nuovo art. 54 d. lgs. n. 267/2000 deve sempre riferirsi alla tutela della sicurezza pubblica, intesa come un'attività di prevenzione e repressione dei reati penali, come indicato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>2</sup>, escludendosi invece gli ambiti di riferimento della polizia amministrativa locale; pertanto, il potere di ordinanza del Sindaco può essere esercitato qualora la violazione delle norme che tutelano i beni previsti dal d.m. 5.8.2008 (situazioni di degrado o marginalità urbane, incuria o occupazione abusiva di immobili, di alterazione del decoro urbano) non assuma rilevanza solo in se*

<sup>1</sup> Cfr. CdS, V, 16.02.2010, n.868.

<sup>2</sup> Cfr. C.cost., n. 196/2000.

*stessa ma possa costituire la premessa per l'insorgere di fenomeni di criminalità suscettibili di minare la sicurezza pubblica.*

*E' illegittima l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 50, co. 5 d. lgs. 267/2000 in assenza di un'accertata, documentata ed effettiva situazione di emergenza sanitaria; dovendo la sola sussistenza di una situazione di precarietà igienica dei luoghi 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.*

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda un'ordinanza adottata dal Sindaco di un Comune, ai sensi dell'art. 54 TUEL, con la quale si ordinava ad una comunità di cittadini italiani di una determinata etnia, residenti da almeno tre decenni nel comune *de quo* in un'area sita nei pressi di un torrente ove stazionavano con le proprie *roulottes*, di allontanarsi dalla predetta area e di sgomberare la stessa da veicoli, beni di proprietà e qualsiasi altra cosa depositata o in sosta.

Il Sindaco del predetto comune aveva ordinato alla comunità in questione di liberare l'area, sulla base dei rapporti della Polizia locale che avevano indicato la precarietà delle condizioni igienico-sanitarie dell'insediamento, tali da pregiudicare la salute dei residenti. Il Sindaco aveva dunque invocato gli artt. 50 co. 5 e 54 del d.lg. n. 267/2000, come modificato dal d.l. n. 92/08 (c.d. d.l. Maroni), sostenendo che l'allontanamento del gruppo poteva essere giustificato da motivi di tutela della salute pubblica e della sicurezza urbana. Avverso tale ordinanza proponeva ricorso la comunità lamentando l'assenza di una situazione contingente di emergenza igienico sanitaria che legittimasse l'esercizio del potere di ordinanza sindacale di cui agli artt. 50 co. 5 e 54 del d. lgs. n. 267/00, nonché la carenza di motivazione e di istruttoria in ordine ai pericoli per l'incolumità pubblica o per la sicurezza urbana. Il TAR Lombardia, con la sentenza in commento, ha accolto il ricorso sostenendo che i poteri di ordinanza del Sindaco per motivi di tutela della salute pubblica, di cui all'art. 50 co. 5 d. lgs. n. 267/2000, possono essere giustificati solo da circostanze imprevedibili all'origine di vere e proprie emergenze igienico sanitarie non fronteggiabili con mezzi

ordinari (CdS, V, 16.2.2010 n. 868).

Nell'ordinanza sindacale, invece, i paventati pericoli per la salute dei residenti causati, secondo il Sindaco, dallo stazionamento dei caravan di proprietà della comunità, non risultavano supportati da alcun effettivo accertamento sanitario, sussistendo solamente una situazione di precarietà igienica dei luoghi, che ben poteva essere fronteggiata con i mezzi ordinari. Ad avviso del giudice amministrativo, il comune non avrebbe sufficientemente motivato in ordine ai paventati pericoli immediati per l'incolumità o la sicurezza pubblica derivanti dalla presenza dell'insediamento *de quo* sul proprio territorio e pertanto l'ordinanza sindacale appare illegittima per carenza di motivazione e di istruttoria. La sentenza del TAR Lombardia sottolinea, infine, che il rispetto dei diritti fondamentali della comunità, consolidati peraltro dal lungo periodo di permanenza nel Comune stesso, dovrebbe essere oggetto di attenta ponderazione al fine di giungere ad un equo contemperamento dei diritti fondamentali degli appartenenti alla comunità medesima con l'interesse pubblico, mediante gli strumenti istruttori e partecipativi previsti dalla l. n. 241/1990 e della l. regionale n. 77/1989 in materia di azione regionale per la tutela delle popolazioni appartenenti alle "etnie tradizionalmente nomadi e seminomadi" (Red. Veronica Taurasi).

TAR Liguria, Sez. I, 23.12.2009, n. 3871

**Comuni e province - sindaco - ordinanze emesse nella qualità di ufficiale di governo - art. 50 TUEL - contingibilità ed urgenza - pericolo per la pubblica incolumità - requisiti - necessarietà.**

**Comuni e province - sindaco - ordinanze emesse nella qualità di ufficiale di governo - procedimento penale - misure cautelari - incompetenza del sindaco.**

*Il presupposto di fatto per l'adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente da parte del Sindaco, come espressamente previsto dall'art. 50 d. lgs. n. 267/2000, consiste nel pericolo per la pubblica incolumità e deve risultare dagli atti del procedimento; pertanto, in mancanza di tale requisito, e finanche venga omissa l'accertamento sulla potenziale pericolosità per la pubblica incolumità, l'esercizio di tale potere d'ordinanza denuncia di per sé*



*l'assoluta incompetenza.*

*In presenza del reato di maltrattamento d'animali, una volta instaurato un procedimento penale, le misure cautelari necessarie per porre rimedio o arginare la situazione illecita sono di competenza dell'autorità giudiziaria procedente; pertanto, il Sindaco, quale ufficiale di governo, quando si avvale dello strumento atipico dell'ordinanza contingibile volto a rimuovere l'illecito commesso, si sostituisce al giudice penale, esercitando un potere non rientrante nella sua competenza.*

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda un'ordinanza adottata dal Sindaco di un comune, ai sensi dell'art. 50 TUEL, con la quale si diffidava dalla detenzione di animali di qualsiasi specie all'interno di un compendio immobiliare con fabbricato rurale ed annessi terreni di pertinenza, sulla base della richiesta dell'ASL competente, in relazione all'ipotizzato reato di maltrattamento di animali. Avverso tale ordinanza i comproprietari di tale compendio immobiliare proponevano ricorso, lamentando il vizio di assoluta incompetenza, nonché la mancanza del presupposto di un grave pericolo minacciante l'incolumità

pubblica, necessari per l'emanazione delle ordinanze *de quibus*.

Il TAR Liguria, con la sentenza in commento, ha rilevato la non sussistenza del pericolo per la pubblica incolumità previsto dall'art. 50 d. lgs. n. 267/2000 ed il mancato accertamento della potenziale pericolosità per la salute scaturente dalla detenzione degli animali, evidenziando inoltre che in pendenza del procedimento penale per il reato di maltrattamento di animali le misure cautelari necessarie per porre rimedio o arginare la situazione illecita sono comunque di competenza dell'autorità giudiziaria procedente, e quindi del giudice penale e non del sindaco.

Ad avviso del giudice amministrativo, quindi, il riferimento contenuto nella richiesta della ASL e nel provvedimento impugnato al procedimento penale in corso, quale prodromo dell'ordinanza, in assenza di altro autonomo accertamento del pericolo per la pubblica incolumità, rende il potere d'ordinanza contingibile atipico ed esercitato dal sindaco in assoluto difetto di competenza, essendosi quest'ultimo sostituito al giudice penale (*Red. Maria Giovanna Sbrolla*).

«.....GA.....»

## - OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 26.5.2010, n. 186

**Appalti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 5, co. 2 e 3, 6, 7, 8 e 9, co. 2, l. reg. Liguria 6.8.2009, n. 30, (Promozione della realizzazione delle autostrade di interesse regionale, delle infrastrutture ferroviarie regionali e della fattibilità di tratte viarie strategiche sul territorio regionale) - artt. 117, co. 1 e 2, lett. e), l) ed s) - accoglimento.**

*Il Governo ha impugnato le norme in oggetto (che disciplinano, tra le altre cose, le procedure di progettazione, affidamento e concessione di opere autostradali e ferroviarie) in ragione del fatto che tali attività ricadono nell'ambito di operatività del codice dei contratti pubblici e delle norme in materia ambientale, nonché per violazione del principio di concorrenza.*

*La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme de quibus chiedendo che esse devono ascrivere alla materia "appalti pubblici". La Corte ha sottolineato in proposito che la disciplina degli appalti pubblici – intesa in senso complessivo – include diversi "ambiti di legislazione" che si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono: in essa, pertanto, si profila una interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, che, tuttavia, «si atteggiava in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto», ma con la «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa». In particolare, la Corte ribadisce che le norme che disciplinano procedure di gara, qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento e i criteri di aggiudicazione, mirando a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento, devono essere ricondotte nella materia della tutela della concorrenza, attribuita alla competenza legi-*

*slativa esclusiva dello Stato (Red. Giustino Lo Conte).*

Corte costituzionale, 20.5.2010, n. 180

**Demanio e patrimonio statale, concessioni demaniali marittime - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1 l. reg. Emilia-Romagna 23.7.2009, n. 8 (Modifica della l. reg. 31.5.2002, n. 9 - disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di Demanio marittimo e di zone di mare territoriali in attuazione della l. 27.12.2006, n. 296) - art. 117, co. 1, cost. e artt. 43 e 81, Trattato U.E. - accoglimento parziale.**

*Viene proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. reg. Emilia-Romagna 23.7.2009, n. 8, nella parte in cui ha inserito, nella l. reg. 31.5.2002, n. 9, l'art. 8 bis, co. 2, che prevede un meccanismo di proroga per i titolari di concessioni demaniali, fino a massimo venti anni dalla data di rilascio della suddetta concessione. La Corte dichiara l'illegittimità della norma impugnata per violazione dell'art. 117, co. 1, cost., in relazione agli artt. 43 (ora 49) e 81 (ora 101) del Trattato U.E. Infatti, ad avviso della Corte, la norma determina una disparità di trattamento tra gli operatori del settore in violazione dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento. Questo perché di fatto impedisce l'accesso di altri potenziali imprenditori non titolari di una concessione scaduta o in scadenza, ponendo quindi barriere all'ingresso tali da comprimere ed alterare l'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo peraltro una materia (tutela della concorrenza) attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (Red. Angela Turchiano).*

Corte costituzionale, 10.5.2010, n. 176

**Occupazione - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Emilia-Romagna, Veneto, Liguria, Toscana, Basilicata, Piemonte, Marche, Puglia**



**e Lazio - art. 23, co. 1, 2, 3, 4, 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 dalla l. 1.8.2008, n. 133 - artt. 39, 117, 118, 120 cost. - accoglimento parziale.**

*La Corte ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità inerenti l'art. 23, co. 1, 3, 4, d.l. 25.6.2008, n. 112, che detta alcune modifiche alla disciplina del contratto di apprendistato. La Corte non ha infatti ravvisato in proposito alcuna lesione delle competenze legislative regionali.*

*La Corte ha invece dichiarato l'incostituzionalità del co. 2 dell'art. 23 per violazione degli artt. 117 e 120 cost. nonché del principio di leale collaborazione, nella parte in cui la suddetta disposizione prevede che, nel caso in cui la formazione sia svolta solo all'interno dell'azienda, i profili formativi dell'apprendistato sono stabiliti integralmente dai contratti collettivi di lavoro. La precedente disciplina prevedeva invece che la regolamentazione dei profili formativi dell'apprendistato professionalizzante fosse rimessa alle regioni e alle province autonome di Trento e Bolzano, d'intesa con le associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro. La Corte ha chiarito che nella regolamentazione dell'apprendistato la formazione pubblica e quella aziendale non possono essere considerate separate. La disposizione impugnata, verrebbe meno a tale principio, prevedendo una totale estromissione delle Regioni nella disciplina della formazione aziendale (Red. Diego De Magistris).*

Corte costituzionale, 10.5.2010, n. 171

**Energia - giudizio per conflitto di attribuzione tra enti - nota della regione Puglia, Assessorato all'ecologia, Settore ecologia del 25/09/2008, prot. n. 13442 - artt. 117, co. 2, 1. s), e co. 3, e 118 cost. - accoglimento.**

*La Consulta ha dichiarato la nullità della nota n. 13.442 del 25.9.2008 della regione Puglia – Assessorato all'ecologia, nella parte in cui si riferisce al progetto di impianto di energia eolica potenza nominale pari a 150 MW, da costruirsi off-shore, davanti la costa dei comuni di Brindisi, Torchiarolo (BR), San Pietro Vernotico (BR) e Lecce da parte della Trevi Energy SpA, in quanto non spettava alla regione Puglia indire una conferenza di servizi per la valutazione di impatto ambientale di progetti di im-*

*pianti eolici off-shore presentati il 16.1.2008. Infatti in tale data, l'art. 1, co. 3 e l'art. 4, co. 1, 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), prevedeva che la valutazione di impatto ambientale delle domande pendenti fosse essere effettuata dalla autorità competente al momento della presentazione della relativa istanza dalla parte interessata, vale a dire quella statale (Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 13.5.2010, n. 170

**Minoranze linguistiche - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 1, 2 co. 2, lett. c) e g) l. reg. Piemonte 7.4.2009, n. 11 - art. 6, cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del consiglio dei Ministri ha sollevato, con riferimento all' art. 6 cost., questione di legittimità costituzionale della l. reg. Piemonte 7.4.2009, n. 11, nella parte in cui riconosce al dialetto piemontese la qualità di "lingua minoritaria", attribuendo allo stesso forme di tutela riservate dal legislatore nazionale solo a determinate minoranze etniche.*

*La Corte ha ritenuto fondate le censure formulate dal ricorrente. In particolare è stato precisato che, se da un lato la più recente giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto al legislatore regionale un potere normativo in materia di tutela di minoranze linguistiche, dall'altro ha con forza ribadito che detto potere può essere esercitato solo entro limiti ben individuati. Da ciò discende con ogni evidenza che il potere normativo regionale in materia di tutela di minoranze linguistiche, non può in alcun modo travalicare quanto tassativamente stabilito dal legislatore statale, con la conseguenza che qualsiasi intervento adottato in modo autonomo e indiscriminato e diretto ad identificare e tutelare una propria lingua regionale o lingue locali considerate minoritarie, debba ritenersi illegittimo (Red. Francesco Sampugnaro).*

Corte costituzionale, 13.5.2010, n. 169

**Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 2, l. reg. Liguria 18.2.2009, n. 3, (Modifiche alla l. reg. 24.12.2008, n. 44 (Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2009) - artt. 3 e 97 cost. - accoglimento.**

*Con la legge indicata in oggetto, la regione Liguria aveva stabilito di indire concorsi pubblici*

riservati a soggetti che prestino servizio con contratto di collaborazione coordinata e continuativa presso la regione stessa e presso gli enti strumentali regionali, nel limite del cinquanta per cento dei posti vacanti programmati nell'ambito della programmazione triennale delle assunzioni. Contro tale disposizione il Governo ha proposto ricorso per giudizio di legittimità costituzionale in quanto, non essendo previsto un contestuale concorso pubblico non riservato riferito al restante cinquanta per cento dei posti disponibili, sussisterebbe un contrasto con gli artt. 3 e 97 cost. La Corte ha ritenuto meritevoli di accoglimento i profili di legittimità costituzionale sollevati dallo Stato, evidenziando che consentire l'indizione di un concorso riservato ad una specifica categoria di soggetti per un numero di posti pari alla metà di quelli previsti nella programmazione triennale delle assunzioni, lascia aperta la possibilità di indire concorsi interamente riservati. La forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni è infatti rappresentata da una selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti. L'area delle eccezioni al principio del concorso pubblico aperto anche agli esterni deve, secondo la Corte, essere quindi delimitata in modo rigoroso e può trovare giustificazione esclusivamente in presenza di peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico (sentenze nn. 81 e 205 del 2006) (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 6.5.2010, n. 168

**Ambiente, edilizia ed urbanistica, energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri - artt. 2, 4, 6, co. 3 l. reg. Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 17.6.2009, n. 18 (Disposizioni urgenti in materia di aree boscate e di ampliamento di esercizi di somministrazione di alimenti e bevande e di strutture alberghiere e di realizzazione di centri benessere in alcune tipologie di strutture ricettive. Modifiche alla l. reg. 6.4.1998, n. 11 - Normativa urbanistica e di pianificazione territoriale della Regione Valle d'Aosta) - artt. 117, co. 2, l. s), e co. 3, e 118 cost.; art. 2 l. cost. 26.2.1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta) - accoglimento.**

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge impugnata, in

quanto la disciplina degli insediamenti di impianti di energia eolica è attribuita alla potestà legislativa concorrente in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», ex art. 117, co. 3, cost. (sentenze 124/2010, 119/2010, 282/2009, 342/2008). Per tale motivo la Corte ha ribadito che la regione Valle d'Aosta, nel disciplinare gli impianti in parola, essendo titolare della potestà legislativa concorrente, è tenuta al rispetto dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale.

La Corte costituzionale ha rigettato il ricorso relativo all'art. 4 della norma impugnata, in merito all'ampliamento volumetrico degli alberghi esistenti. Il ricorso rilevava la mancata previsione del rispetto delle disposizioni in tema di valutazione di impatto ambientale nel caso in cui l'ampliamento delle strutture alberghiere superi i 300 posti letto, come previsto dal punto 8, lettera a), dell'allegato IV alla parte II del d. lgs. 3.4.2006, n. 152. La Corte ha rigettato il ricorso in quanto ha rilevato che la Valle d'Aosta ha una disciplina in materia più restrittiva rispetto a quella statale, in quanto prevede la VIA per l'ampliamento delle strutture alberghiere superiori a 50 posti. La Corte ha rigettato il ricorso sull'art. 4 della legge impugnata anche nella parte in cui non prevede l'esclusione degli interventi di ampliamento, sopra menzionati, in tutti i casi in cui le norme di attuazione dei piani di bacino o la normativa di salvaguardia non consentano la realizzazione dei predetti interventi. La Corte ha rigettato il ricorso in quanto nella norma impugnata ha rilevato la chiara volontà di salvaguardia del suolo, dal momento che, proprio la medesima disposizione stabilisce che gli interventi di ampliamento da esso previsti sono realizzabili nel rispetto delle disposizioni del titolo V, parte II, della l. reg. 6.4.1998, n. 11, il quale detta, appunto, norme a tutela del suolo circoscrivendo analiticamente gli interventi edilizi ammissibili in aree boschive, zone umide e laghi, terreni sedi di frane, a rischio di inondazioni, di valanghe o slavine.

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, co. 3, della legge impugnata, che prevede la sospensione dei procedimenti di autorizzazione per gli impianti di energia eolica, in corso alla data di entrata in vigore della legge regionale in oggetto, sino all'individuazione, da parte dei comuni, degli ambiti territoriali nei quali potranno essere insediati i predetti impianti, sulla base di quanto



sarà previsto dalle linee guida regionali. La Corte ha rilevato che la norma viola l'art. 117, co. 3, Cost., in quanto in contrasto con il principio fondamentale fissato dall'art. 12, co. 4, d.lgs. 23.12.2003, (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), il quale dispone che «il termine massimo per la conclusione del procedimento di autorizzazione non può comunque essere superiore a centotanta giorni» (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 6.5.2010, n. 167

**Sicurezza pubblica, ordinamento della polizia locale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 2, co. 1, lett. h), 5, co. 1, 8, co. 6, 10, 15, co. 1 e 18, co. 1 e 4 l. reg. Friuli-Venezia Giulia 29.4.2009, n. 9 (Disposizioni in materia di politiche di sicurezza e ordinamento della polizia locale) - art. 114 e 117, co. 2, lett. d), l) e h), cost. - accoglimento parziale.**

La norma impugnata ha ad oggetto varie disposizioni nell'ambito della disciplina della polizia locale. In particolare, la normativa regionale in oggetto prevede: lo sviluppo di politiche di sicurezza transfrontaliere (art. 2, co. 1, lett. h), la promozione e il sostegno finanziario del volontariato e dell'associazionismo, comprese le associazioni d'arma (art. 5, co.1), l'assunzione tra i compiti primari della polizia locale del presidio del territorio al fine di garantire, in concorso con le forze di polizia statali, la sicurezza (art. 8, co. 6), l'istituzione da parte di comuni e province di corpi di polizia locale e la relativa disciplina (art. 10), la definizione delle figure di polizia giudiziaria all'interno della polizia locale (art. 15, co. 1) e, infine, la dotazione di armamento al personale di polizia locale, il quale deve provvedere armato ai servizi indicati.

In primo luogo, viene accolta dalla Corte la questione relativa all'art. 8, co. 6, che appare in contrasto con quanto stabilito dal legislatore statale nell'esercizio della competenza esclusiva in materia di pubblica sicurezza stabilita dall'art. 117, co. 2, lett. h) cost.: la legge quadro sull'ordinamento della polizia municipale (l. 7.3.1986, n. 65), infatti, definisce "ausiliarie" le funzioni di pubblica sicurezza della polizia locale e prevede la collaborazione con le forze di polizia dello stato su autorizzazione del Sindaco, dietro motivata richiesta da parte del-

le autorità competenti. Inoltre, nonostante il dettato costituzionale preveda una competenza residuale per le regioni in materia di polizia amministrativa locale e una competenza statale per il coordinamento fra forze di polizia, la Corte non ritiene che le forme di collaborazione possano essere disciplinate unilateralmente. In secondo luogo, la Corte accoglie le censure relative all'art. 15, co. 1 in relazione all'art. 117, co. 2, lett. l), cost., che stabilisce una competenza esclusiva dello Stato in materia di giurisdizione penale.

Infine, viene dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 18, co. 4, che, individuando specifici servizi in cui gli agenti di polizia locale devono portare le armi, interviene a disciplinare casi e modi d'uso delle stesse, invadendo la competenza statale esclusiva stabilita dall'art. 117, co. 2, lett. d), cost. in materia di armi, munizioni ed esplosivi. Le altre questioni vengono respinte dalla Corte. In argomento, cfr.: C. cost. 07.5.2004, n. 134, con cui si afferma che le collaborazioni tra polizia locale e polizia statale non possono essere disciplinate unilateralmente, C. cost. 21.10.2003, n. 313, con cui si chiarisce che la polizia giudiziaria rientra sotto la competenza esclusiva dello stato (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 6.5.2010, n. 156

**Bilancio e contabilità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Campania - art. 9, co. 1 bis, d.l. 1.7.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito, con modificazioni, dalla l. 3.8.2009, n. 102 - art. 117, co. 3 e 4, cost. - accoglimento.**

La regione Campania ha proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, co. 1-bis, d.l. 1.7.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito, con modificazioni, dalla l. 3.8.2009, n. 102, per violazione, tra gli altri, dell'art. 117 cost.

La disposizione impugnata riguarda il pagamento di somme da parte di pubblica amministrazione, cioè l'ultima delle 4 fasi previste per la procedura di spesa (impegno, liquidazione, ordinazione, pagamento). Tale norma è stata inquadrata, dalla Corte, nell'ambito del bilancio e della contabilità delle Regioni e, quindi, è riconducibile alla materia «armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica», di competenza concorrente tra Stato e regioni ai sensi dell'art. 117, co. 3, cost.. In

tale settore, ha affermato la Corte, la legislazione statale di principio sulla contabilità regionale è stata dettata con il d. lgs. 28.3.2000, n. 76 (Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione dell'art. 1, co. 4, l. 25.6.1999, n. 208), che agli artt. 18 e 19 regola gli impegni e il pagamento delle spese pubbliche, limitandosi a stabilire che gli impegni e i pagamenti non eccedano i rispettivi stanziamenti di bilancio. Le disposizioni statali hanno trovato attuazione, nella regione Campania, con la l. reg. Campania 30.4.2002, n. 7 (Ordinamento contabile della regione Campania art. 34, co. 1, d. lgs. 28.3.2000, n. 76). In particolare, gli artt. 34 e ss. di tale legge dettano puntuali previsioni sulla liquidazione, sull'ordinazione e sul pagamento delle spese da parte dell'amministrazione regionale, con specifico riguardo alla verifica della esigibilità dei crediti e alla successiva ordinazione delle spese impartita al tesoriere. Secondo giurisprudenza costituzionale, le norme statali recanti principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica possono porre obiettivi di riequilibrio della medesima, non debbono prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi e debbono lasciare alle Regioni la possibilità di scegliere in un ventaglio di strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi. La disposizione impugnata, invece, non detta principi, ma prevede modalità di pagamento delle spese dettagliate sia sotto il profilo organizzativo, sia sotto l'aspetto procedurale. Essa trasforma il tesoriere in ordinatore del pagamento, modifica la sequenza delle fasi del procedimento di spesa e inserisce in questa un atto dell'amministrazione creditrice, regolando, quindi, in modo esaustivo l'intera procedura, determinando sia obiettivi, sia strumenti, senza lasciare alcuna scelta alla Regione, in violazione dell'art. 117, co. 3, cost. (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 26.4.2010, n. 151

**Pubblico impiego - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 2, co. 1, 2 e 3, e 3, l. reg. Valle d'Aosta 2.2.2009, n. 5 (Disposizioni urgenti in materia di pubblico impiego regionale) - art. 117, co. 2, lett. 1), cost. - accoglimento.**

Le norme impugnate disciplinano il potere dell'amministrazione pubblica di procedere a

controlli sullo stato di malattia dei propri dipendenti (co. 1); definiscono le fasce orarie di reperibilità, strumentali alla concreta attuazione ed efficacia di quei controlli (co. 2); disciplinano gli emolumenti che il lavoratore ha diritto di percepire durante il periodo di malattia (co. 3). La Corte dichiara l'incostituzionalità dei suddetti co. 1 e 2 dell'art. 2, chiarendo che si tratta di norme che disciplinando il generale potere di controllo che l'ordinamento riconosce in capo al datore di lavoro e che trova fonte nel contratto di lavoro, devono attribuirsi alla materia "ordinamento civile" di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Per la stessa ragione, la Corte dichiara l'incostituzionalità anche del co. 3 dell'art. 2, in quanto esso disciplina un diritto patrimoniale del dipendente che trova la sua unica causa nel rapporto contrattuale che lo lega al datore di lavoro. Si tratta quindi, anche in questo caso, di materia "ordinamento civile". Infine, la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3, l. reg. Valle d'Aosta n. 5/2009, che disciplina l'esonero dal servizio dei dipendenti della regione e degli enti pubblici regionali, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. 1), cost. La Corte chiarisce al riguardo che l'istituto dell'esonero integra la disciplina privatistica del rapporto contrattuale che lega il dipendente all'ente pubblico, incidendo sui diritti e gli obblighi delle parti) e rientrando quindi, ancora una volta, nella materia "ordinamento civile" (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 29.4.2010, n. 150

**Stabilizzazioni, autorizzazioni, dirigenti pubblici, incompatibilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 1, co. 1, 3, 4 e 18 l. reg. Puglia 23.12.2008, n. 45 (Norme in materia sanitaria) - artt. 97 e 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

Le norme impugnate prevedono specifiche ipotesi di accesso alla dirigenza nel settore sanitario. In particolare, viene stabilito che il personale medico a tempo determinato in servizio in determinate unità operative venga stabilizzato in deroga al d.P.R. 10.12.1997 n. 483; viene previsto l'inquadramento a domanda nelle direzioni sanitarie di dirigenti medici che svolgono attività di staff presso direzioni generali; infine, viene stabilito l'inquadramento nella dirigenza sanitaria non medica del personale laureato non medico in servizio presso le aziende



sanitarie locali con la qualifica di educatore professionale. La Corte dichiara l'incostituzionalità delle norme de quibus per violazione degli artt. 97 e 117, co. 3, cost. in quanto da un lato, non prevedono la necessità di un concorso pubblico, richiesto in via generale ex art. 97 cost., dall'altro, dettano principi fondamentali in materia di tutela della salute, violando la competenza legislativa statale sul tema (art. 117, co. 3, cost.). La Corte, infine, dichiara l'incostituzionalità delle norme impugnate anche nella parte in cui escludevano la necessità dell'autorizzazione per l'esercizio di attività medica in studi privati. La Corte ha chiarito che ciò si pone in contrasto con il principio fondamentale in materia di tutela della salute contenuto nel d. lgs. 30.12.1992 n. 502, secondo cui gli studi medici sono assoggettati al regime dell'autorizzazione (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 23.4.2010, n. 179

**Bilancio, contabilità generale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 54, co. 2, l. regione Calabria 12.6.2009, n. 19 (Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e finanziario collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2009) - art. 3, co. 4, l. reg. 4.2.2002, n. 8 - art. 97, cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto, in riferimento all'art. 97 cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 54, co. 2, l. regione Calabria 12.6.2009, n. 19. poiché esso prevede che la Giunta regionale è autorizzata alla trasformazione, a domanda, dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa in contratti a tempo determinato.

La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della norma impugnata per violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 cost. Secondo la Corte, infatti, la norma suddetta non richiede che sussistano esigenze organizzative e di fabbisogno di personale, né fissa alcun limite numerico ai contratti da trasformare, né infine, prevede alcuna forma di selezione. Indicazioni, queste, che sarebbero state necessarie a cagione della differente natura giuridica delle prestazioni lavorative rese in regime di contratti di collaborazione coordinata e continuativa (aventi natura autonoma) e di quelle eseguite in virtù di con-

tratti di lavoro a termine (aventi natura subordinata). Tutto ciò, ha chiarito la Corte, induce ad avere dubbi sulla corrispondenza ad effettive esigenze dell'amministrazione dei nuovi rapporti di lavoro instaurati in applicazione della norma ed a ritenere, quindi, violato il sopra citato principio del buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 23.4.2010, n. 143

**Ineleggibilità, incompatibilità - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - l. reg. Sicilia 20.3.1951, n. 29, come modificata dalla l. reg. Sicilia, 5.12.2007, n. 22 - artt. 3, 51, 97 cost.; artt. 3, co. 2, e 9, co. 3, r. d.lgs. 15.5.1946, n. 455 (Approvazione dello statuto della Regione siciliana) - accoglimento.**

Il Tribunale di Palermo ha sollevato, con riferimento agli artt. 3, 51 e 97 cost., questione di legittimità costituzionale della l. reg. Sicilia, 20.3.1951, n. 29, come modificata dalla l. reg. Sicilia, 5.12.2007, n. 22, nella parte in cui non prevede "l'incompatibilità del deputato regionale che sia anche assessore di un Comune".

La Corte costituzionale ha ritenuto fondate le censure ed ha affermato che, affinché sia rispettato il diritto di elettorato passivo in condizioni di sostanziale uguaglianza su tutto il territorio nazionale di cui agli artt. 3 e 51 cost, la regione siciliana non può sottrarsi al rispetto dei principi stabiliti dalla legislazione statale in tema di accesso alle cariche elettive. In effetti, anche se la potestà legislativa della regione siciliana differisce da quella delle regioni ordinarie, essa ai sensi degli artt. 3, co. 2, e 9 co. 3, dello statuto speciale (sostituiti ad opera dell'art. 1 della l. cost. 31.1.2001, n. 2 recante 'Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei Presidenti delle regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano'), deve pur sempre svolgersi in armonia con la costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica.

I giudici costituzionali, pertanto, dichiarano la norma impugnata incostituzionale nella parte in cui essa non prevede l'incompatibilità tra l'ufficio di deputato regionale e la sopravvenuta carica di sindaco e assessore di un comune, compreso nel territorio della regione, con popolazione superiore a ventimila abitanti, in

conformità a quanto stabilito dalla l. 2.7.04, n. 165 (Red. Flora Cozzolino).

Corte costituzionale, 23.4.2010, n. 142

**Servizio idrico, tutela ambiente e concorrenza - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 4, co. 1, lett. b), 5 e 8, l. reg. Lombardia 29.1.2009, n. 1 (Modifiche alle disposizioni generali del servizio idrico integrato di cui alla l. reg. 12.12.2003, n. 26 «Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche»). Artt. 3, co. 1, lett. p), q) ed r), e 15, co. 9, l. reg. Lombardia 29.6.2009, n. 10 (Disposizioni in materia di ambiente e servizi di interesse economico generale - collegamento ordinamentale) - art. 117, co. 2, lett. e) ed s) cost. - accoglimento parziale.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, co. 1, lett. b), 5 e 8, l. reg. Lombardia 29.1.2009, n. 1, nonché degli artt. 3, co. 1, lett. p), q) ed r), e 15, co. 9, l. reg. Lombardia 29.6.2009, n. 10, per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e) ed s), cost. La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme impugnate nella parte in cui attribuiscono alla Regione competenze amministrative di controllo sulla pianificazione d'ambito. La Corte rileva che le suddette funzioni sono attribuite – dagli artt. 149, co. 6, 154, co. 2 e 4, 161, co. 4, d.lgs. 3.4.2007, n. 152 (Norme in materia ambientale) – al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche. La pianificazione, ha chiarito la Corte, deve essere ricondotta alla materia della «tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, perché è strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio e ha, perciò, lo scopo di consentire il concreto superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, al fine di inserire armonicamente tale gestione in un più ampio quadro normativo diretto alla razionalizzazione del mercato del settore». Infine la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate anche nella parte in cui prevedono, seppure nel particolare caso della separazione della gestione delle reti dall'erogazione del servizio, che la tariffa del servizio idrico sia determinata sulla base delle prescrizioni dell'amministrazione regionale. In proposito la Corte*

*ha chiarito che la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato è ascrivibile «in prevalenza, alla tutela dell'ambiente e della concorrenza materia di competenza legislativa dello Stato» (Red. Francesco Corvisieri).*

Corte costituzionale, 23.4.2010, n. 141

**Spesa pubblica, spesa sanitaria - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 1, 3, 4 e 5 l. reg. Lazio 6.4.2009, n. 9 (Norme per la disciplina dei distretti socio-sanitari montani) - art. 81, co. 4, 117, co. 2 e 3, 120, co. 2, cost. e principio di leale collaborazione - accoglimento.**

*La legge regionale impugnata istituisce e disciplina i “distretti socio-sanitari montani”, quali articolazioni delle ASL già presenti, finalizzati a garantire ai cittadini delle aree montane uniformi prestazioni socio-sanitarie nell'ottica di ridurre la mobilità passiva e l'ospedalizzazione a favore anche dei servizi domiciliari.*

*La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'intera legge per violazione dell'art. 81 cost., in quanto le disposizioni prevedono maggiori spese (nuove dotazioni umane, tecniche, strumentali, finanziarie etc.) senza la relativa copertura finanziaria.*

*La Corte costituzionale ha inoltre dichiarato l'incostituzionalità della legge in oggetto anche per violazione dell'art. 117, co. 3, cost. La legge regionale, ad avviso della suddetta Corte, si pone in contrasto con l'art. 1, co. 796, lett. b) della l. 27.12.2006 n. 296, la quale stabilisce un principio fondamentale per il contenimento della spesa sanitaria. In particolare, non vengono rispettati i vincoli del “piano di rientro”, oggetto di specifico accordo tra Regione, Ministro della salute e Ministro dell'economia e delle finanze, previsto per le regioni gravate da disavanzi di bilancio nel settore sanitario e reso vincolante dalla suddetta l. 27.12.2006 n. 296 sopra citata.*

*Infine, la Corte dichiara l'incostituzionalità della legge de qua per violazione dell'art. 120 cost. in quanto la normativa censurata interferisce con il compito affidato al commissario ad acta di realizzare il piano di rientro dai disavanzi nel settore sanitario (Red. Elisa Lori).*

Corte costituzionale, 15.4.2010, n. 134

**Immigrazione - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, l. reg. Liguria 6.3.2009, n. 4 (Modifiche alla l. reg. 20.2.2007, n. 7 Norme**



**per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati) - art. 117, co. 2, lett. b), cost. - accoglimento parziale.**

Con la sentenza in rassegna, la Corte dichiara illegittimo l'art. 1 l. regione Liguria 6.3.2009, n. 4, nella parte in cui afferma la indisponibilità della Regione Liguria ad avere sul proprio territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati, ossia i centri di identificazione ed espulsione (cd. "Cie"). Il Governo aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della sopramenzionata norma in quanto adottata da un lato in una materia (immigrazione) riservata alla competenza esclusiva dello Stato (ex art. 117, co. 2, lett. b) cost. e, dall'altro, perché ritenuta in violazione di quanto previsto dall'art. 14 d.l. 25.6.1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), che affida a un decreto del Ministro dell'interno l'individuazione e la costituzione dei centri di identificazione e di espulsione degli stranieri. La Corte ha innanzitutto evidenziato che la finalità dei Cie è quella di evitare la dispersione degli stranieri extracomunitari irregolari sul territorio nazionale e, quindi, di consentire l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, precisando altresì che tali strutture sono funzionali alla disciplina che regola il flusso migratorio dei cittadini extracomunitari nel territorio nazionale. Ne discende, nel ragionamento seguito dalla Corte, che la costituzione e l'individuazione dei centri in questione attono ad aspetti direttamente riferibili alla competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, co. 2, lett. b), cost., rientrando nell'ambito delle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale, mentre alle regioni sono riservati altri ambiti, come il diritto allo studio o all'assistenza sociale, attribuiti alla competenza concorrente e residuale delle regioni (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 12.4.2010, n. 133

**Autonomia finanziaria - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Valle d'Aosta e della provincia autonoma di Trento - artt. 9 bis, co. 5, 22, co. 2 e 3, d.l. 1.7.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini) - artt. 48**

**bis e 50, co. 5, l. cost. 26.2. 1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta), artt 69-86, 104 e 107, d.P.R. 31.8.1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), art. 117 cost. - accoglimento.**

La Corte ha dichiarato incostituzionali nelle parti in cui si applicano alla regione Valle d'Aosta ed alle province autonome di Trento e di Bolzano, gli art. 9 bis, co. 5, d.l. 1.7.2009, n. 78 e l'art. 22, co. 3, d.l. 1.7.2009 n. 78, concernenti, rispettivamente, l'attribuzione ad un d.P.C.m. il compito di fissare i criteri per la rideterminazione dell'ammontare dei proventi spettanti a regioni e province autonome, compresi quelli afferenti alla compartecipazione ai tributi erariali, assegnando tali risorse ad un fondo per le attività di carattere sociale di pertinenza regionale da ripartire secondo criteri stabiliti in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra Stato e regioni e, in ordine alla seconda norma censurata, la previsione che le economie di spesa farmaceutica siano riversate dalle Regioni speciali e dalle Province autonome all'entrata del bilancio dello Stato, per il finanziamento del Servizio sanitario nazionale. Secondo la Corte, entrambe le disposizioni modificano l'ordinamento finanziario della regione Valle d'Aosta e della provincia autonoma di Trento senza osservare il procedimento di approvazione delle norme di attuazione dello Statuto, imposto dagli Statuti stessi e violano in modo unilaterale l'autonomia finanziaria di entrambe le ricorrenti, e gli stessi rapporti finanziari con lo Stato, attraverso una semplice legge ordinaria e in assenza di un accordo bilaterale che la preceda (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 15.4.2010, n. 132

**Turismo, nuove figure professionali - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 2, co. 1 e 2, 4, 7, 8, l. reg. Puglia 19.12.2008, n. 37 (Norme in materia di attività professionali turistiche) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

Il Presidente del consiglio dei Ministri ha proposto, in riferimento all'art. 117, co. 3, cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, co. 1 e 2, e 4, 7, 8, l. reg. Puglia 19.12.2008, n. 37. L'art. 2, co. 1 e 2, l. reg. censurata prevede la creazione di tre nuove figure professionali (interprete turistico, operatore congressuale e guida turistica sportiva), che non risultano regolate dalla legislazione statale vigente in

materia di professioni turistiche. Il successivo art. 4 stabilisce i requisiti minimi, nonché la tipologia dei titoli specifici necessari per l'accreditamento di coloro che svolgono professioni turistiche. Infine, gli artt. 7 e 8, l. reg. Puglia 19.12.2008, n. 37 disciplinano sia le condizioni per l'iscrizione negli elenchi provinciali degli esercenti le professioni turistiche, sia l'esercizio delle medesime professioni. A giudizio del ricorrente le norme regionali censurate contrastano con l'art. 117, co. 3, cost., perché materie di competenza esclusiva dello Stato. Secondo la giurisprudenza della Corte i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal ricorrente vanno risolti alla luce del principio fondamentale in materia di professioni che riserva allo Stato l'individuazione di nuove figure professionali e la disciplina dei relativi profili e titoli abilitanti. Pertanto i giudici costituzionali dichiarano incostituzionali gli artt. 2, co. 1 e 2, 4, 7, 8, l. reg. Puglia 19.12.2008, n. 37 poiché non rispettano i limiti imposti dall'art. 117, co. 3, cost. Secondo i giudici costituzionali l'incostituzionalità deve estendersi all'intera legge regionale poiché le norme non censurate hanno una inscindibile connessione con le disposizioni specificatamente oggetto di censura. In argomento, cfr.: C. cost. 20.7.2007, n. 300, C. cost.: 30.5.2008, n. 179; C. cost.: 8.5.2009, n. 138; C. cost.: 29.10.2009, n. 271 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 15.4.2010, n. 131

**Professioni, mediatore familiare - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - l. reg. Lazio 24.12.2008, n. 26 (Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare) - artt. 1, l. reg. Lazio 26.12.2008, n. 27 (Modifiche alla deliberazione legislativa approvata dal Consiglio regionale nella seduta del 10.12.2008, concernente "Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

Lo Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, co. 2, 3, 4 e 6 della l. reg. n. 26/2008 nonché delle disposizioni con essi inscindibilmente connesse o dipendenti, e dell'art. 1 l. reg. Lazio 24.12.2008, n. 27, recante modifiche all'art. 6 della l. r. n. 26/2008. Le norme censurate danno una definizione della mediazione familiare, disciplinano le caratteristiche del mediatore familiare e stabiliscono

gli specifici requisiti per l'esercizio dell'attività, con la previsione di un apposito elenco e delle condizioni per la iscrizione in esso. La Corte accoglie il ricorso in quanto la predetta disciplina travalica gli ambiti di competenza regionale in materia di professioni. Come rileva la Corte, infatti, nell'ambito di questa materia, la potestà legislativa regionale deve rispettare il principio secondo cui "l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle regioni la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale". Con specifico riferimento alla figura professionale del mediatore familiare, la Corte ricorda che manca nel nostro ordinamento una norma statale che introduca tale figura professionale e che ne stabilisca i requisiti per l'esercizio della relativa attività. La Corte chiarisce, inoltre, che anche l'istituzione di un registro professionale e la previsione delle condizioni per la iscrizione in esso hanno, di per sé, una funzione individuatrice della professione, preclusa alla competenza regionale. Infine, rinvenendo una inscindibile connessione tra le disposizioni censurate dallo Stato e l'intera l. reg. Lazio n. 26/2008, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale anche delle residue disposizioni della l. r. n. 26/2008, non oggetto di impugnazione. In argomento, cfr. C. cost., 11.4.2008, n. 93; 8.5.2009, n. 138; 11.12.2009, n. 328 (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 8.4.2010, n. 127

**Ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 7, lett. c), 44 e 46, l. reg. Umbria 13.5.2009, n. 11 (Norme per la gestione integrata dei rifiuti e la bonifica delle aree inquinate) - artt. 117, co. 1 e 2, lett. s), cost. - accoglimento.**

La l. n. 11 del 2009 della regione Umbria dettava norme generali volte a disciplinare la gestione integrata dei rifiuti e la bonifica delle aree inquinate. In particolare, l'art. 7, lett. c) della citata legge regionale aveva sottoposto ad autorizzazione comunale le cd. "ecopiazze", mentre l'art. 44 aveva escluso dal proprio campo di applicazione i sedimenti da gestione idrica dal novero dei rifiuti; infine, l'art. 46 aveva sottratto dalla verifica di assoggettabilità alla valutazione di impatto ambientale (in pro-



sieguo, VIA) gli impianti mobili di recupero di rifiuti non pericolosi qualora trattino quantitativi medi giornalieri inferiori a duecento tonnellate. Il Governo aveva dubitato della legittimità costituzionale della sopraindicate norme considerato che le stesse avevano modificato il campo di applicazione delle discipline nazionali in materia ambientale, ponendosi quindi in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost.

La Corte ha ritenuto meritevoli di accoglimento i profili di legittimità costituzionali sollevati.

Per quanto attiene la prima censura, la Corte rileva in primo luogo che la materia dei rifiuti è riconducibile alla potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela ambientale. In secondo luogo, evidenzia che nessuna autorizzazione è prevista dalla normativa statale per la gestione dei centri raccolta dei rifiuti urbani, per cui l'attribuzione al Comune dell'ulteriore competenza al rilascio, rinnovo e modifica dell'autorizzazione, come disposta dall'art. 7, lett. c) della legge regionale impugnata, riguardando la gestione dei centri di raccolta, incide sulla disciplina dei rifiuti e si pone in contrasto con la normativa statale, che non la prevede. Riguardo all'art. 44 della medesima l., la Corte ricorda che la nozione di "rifiuto" è stabilita dalla legislazione statale in attuazione di direttive comunitarie e che, per tale ragione, è precluso al legislatore regionale il potere di introdurre limiti quantitativi non previsti nella regolamentazione statale unitaria, ai fini di sottrarre un oggetto a una determinata disciplina. Infine, con riferimento alle censure sottese all'art. 46, il Giudice delle leggi evidenzia che le Regioni non possono derogare all'obbligo di esperire la procedura di VIA, potendo solo limitarsi a stabilire le modalità con cui procedere alla valutazione preliminare alla VIA vera e propria (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 26.3.2010, n. 124

**Energia, fonti rinnovabili - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, l. reg. Calabria 11.11.2008, n. 38 (Proroga del termine di cui al co. 3, art. 53, l. reg. 13.6.2008, n. 15) e artt. 2, 3, co. 1, 5, co. 2 e 3, e dell'All. sub 1, punti 2.3 e 4.2, lettere f), i), l), o), l. reg. Calabria 29.12.2008, n. 42 (Misure in materia di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili) - artt. 97, 41 e 117, co. 1 e 3, cost. - accoglimento.**

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. reg. Calabria 11.11.2008, n. 38, perché nello stabilire un'ulteriore sospensione di sessanta giorni, rispetto a quella di centoventi giorni inizialmente prevista dall'art. 52, l. reg. 13.6.2008, n. 15, si pone in contrasto con l'art. 12, co. 4, d.lgs. n. 387 del 2003 che fissa il termine massimo per la conclusione del procedimento per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili in centottanta giorni. Norma ritenuta dalla giurisprudenza costituzionale (364/2006 e 282/2009) parametro costituzionale della materia. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, l. reg. Calabria 29.12.2008, n. 42, in quanto prevede limiti alla produzione di energia di fonti rinnovabili sul territorio regionale in contrasto con le norme internazionali (Protocollo di Kyoto) e comunitarie (art. 3, dir. 2001/77/CE) che, nell'incentivare lo sviluppo delle suddette fonti di energia, individuano soglie minime di produzione che ogni Stato si impegna a raggiungere entro un determinato periodo di tempo. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, l. reg. Calabria 29.12.2008, n. 42, poiché pone in essere una disciplina in contrasto con l'art. 41 cost., in quanto sottrae il 20% della potenza di energia autorizzabile al mercato libero e, nel destinarlo a determinate finalità, individua i possibili legittimati ad ottenere la suddetta quota sulla base di requisiti del tutto atecnici, ponendo, peraltro, a loro carico una serie di condizioni estranee all'oggetto dell'autorizzazione ottenuta. La Consulta ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'art. 5, co. 2 e 3, l. reg. Calabria 29.12.2008, n. 42, in quanto, pur avendo le norme regionali efficacia retroattiva, prevedendo la decadenza ope legis delle istanze di autorizzazione pendenti alla data di entrata in vigore delle norme contenute nella legge impugnata, per l'assenza di una situazione giuridica consolidata in capo al richiedente il provvedimento, la norma impugnata non può ritenersi lesiva del principio di affidamento.

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'All. sub 1, punto 2.3 e punto 4.2, lett. i), l. reg. Calabria 29.12.2008, n. 42, in quanto individuano un criterio di individuazione degli impianti autorizzabili sulla base della mera denuncia di attività difforme da quello del legislatore statale (art. 12, d. lgs. n. 387 del 2003), che fissa in un'unica soglia di produzio-

ne il limite che consente l'accesso al procedimento di DIA, e individuano quale loro atto conclusivo il rilascio di un'autorizzazione unica, senza alcun riferimento alla necessità dell'atto consiliare comunale indicato dalla norme regionali impugnate. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'All. sub 1, punto 4.2, lett. f), l. reg. Calabria 29.12.2008, n. 42, per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., in quanto la norma censurata pone di fatto una limitazione all'installazione di impianti eolici. La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'All. sub 1, punto 4.2, lett. l) e o), l. reg. Calabria 29.12.2008, n. 42, nella parte in cui stabiliscono condizioni e oneri economici per il rilascio dell'autorizzazione unica per l'installazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili estranee all'oggetto del provvedimento richiesto. La Corte rileva che le norme regionali sono in contrasto con la norma statale (art. 12, d. lgs. n. 387 del 2003) che vieta che l'autorizzazione possa prevedere (o essere subordinata a) compensazioni a favore della regione o della provincia delegata (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 26.3.2010, n. 123

**Risorse umane, credito imposta - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 12 e 25, co. 2, l. reg. Campania 16.1.2009, n. 1 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania - legge finanziaria anno 2009) - artt. 117, co. 2, lett. e), lett. l) - accoglimento.**

Le norme impugnate (artt. 12 e 25, co. 2, l. reg. Campania 16.1.2009, n. 1) prevedono rispettivamente l'istituzione di un credito di imposta a favore delle imprese che effettuino assunzioni di persone che abbiano avuto residenza anagrafica nella regione Campania per almeno dieci anni e l'impignorabilità dei beni degli enti sanitari e zooprofilattici, in deroga al regime della responsabilità patrimoniale del debitore. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost., perché la disposizione censurata, non limitando in maniera espressa l'efficacia dell'agevolazione fiscale all'ambito dei soli tributi regionali, consente l'applicazione di detta agevolazione, nella forma del credito di imposta, anche ai tributi statali e da ciò consegue l'invasione della competenza legislativa esclu-

siva dello Stato in materia di sistema tributario statale. Inoltre, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 25, co. 2, l. reg. 16.1.2009, n. 1, in quanto la norma suddetta, nel disporre l'impignorabilità, introduce una limitazione al soddisfacimento patrimoniale delle ragioni dei creditori non prevista dalla normativa statale operando, dunque, nell'ambito della materia dell'ordinamento civile, di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost. (Red. Francesco Sampugno).

Corte costituzionale, 26.3.2010, n. 122

**Pluralismo informatico, ordinamento civile e penale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 1, co. 3, 3, 4, co. 1, 5, co. 1, 6, co. 1 e 5, l. reg. Piemonte, 26.3.2009, n. 9 (Norme in materia di pluralismo informatico, sull'adozione e la diffusione del software libero e sulla portabilità dei documenti informatici nella pubblica amministrazione) - art. 117, co. 2, lett. l), cost. - accoglimento parziale.**

L'art. 1, co. 3 censurato stabilisce che "alla cessione di software libero non si applicano le disposizioni di cui all'art. 171-bis, l. 22.4.1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), come sostituito dall'art. 13 l. 18.8.2000, n. 248 (Nuove norme di tutela del diritto d'autore)". Secondo i giudici costituzionali, viceversa, il software cosiddetto "libero" costituisce un'opera dell'ingegno e, pertanto, è oggetto di diritto d'autore come ogni altro programma per elaboratore. L'ampia formula adottata dal legislatore regionale esclude dall'ambito applicativo del precetto penale anche condotte suscettibili di essere qualificate come abusive, superando il limite inderogabile dell'ordinamento penale e perciò ledendo la competenza esclusiva dello Stato in tale materia, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost.; ne deriva la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 3, l. reg. Piemonte, 26.3.2009, n. 9. Analoga illegittimità viene dichiarata dalla Corte per l'art. 3, poiché viola la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, dettata dall'art. 117, co. 2, lett. l), cost. La Corte costituzionale, infine, dichiara non fondate le restanti censure, relative agli artt. 4, co. 1, 5, co. 1, 6, co. 1 e 5, l. reg. Piemonte, 26.3.2009, n. 9. (Red. Francesco Corvisieri).



Corte costituzionale, 26.3.2010, n. 121  
**Edilizia residenziale pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorsi delle regioni Piemonte, Emilia-Romagna, Veneto, Liguria, Umbria, Toscana, Puglia, Campania, Valle d'Aosta, Sicilia e Lazio - artt. 11 e 13, d.l. 25.6.2008, n. 112, conv. in l. 06.8.2008, n. 133 e art. 18, co. 4-bis, lett. a), d.l. 29.11.2008, n. 185, conv. in l. 28.1.2009, n. 2 - Artt. 117 cost, art. 14, lett. g), r. d. lgs. 15.5.1946, n. 545, conv. in l. cost. 26.2.1948, n. 2, d.P.R. 30.7.1950, n. 878 e principio di leale collaborazione - accoglimento parziale.**

*La disposizione impugnata stabilisce un piano nazionale di edilizia abitativa con la finalità di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo (art. 11) e la valorizzazione del patrimonio residenziale pubblico, prevedendo accordi con le regioni in sede di conferenza unificata per la semplificazione delle procedure di alienazione degli immobili (art. 13).*

*La Corte accoglie parzialmente il ricorso e dichiara l'incostituzionalità della norma nella parte in cui, nel dettare i principi generali sul contenuto del suddetto piano di edilizia abitativa, riconducibile alla materia del governo del territorio, prevede la realizzazione di programmi integrati di promozione dell'edilizia residenziale "anche" sociale (art. 11, co. 3). La Corte ritiene, infatti, che, limitatamente alla parola "anche", la disposizione sia incostituzionale perché con ciò presuppone l'introduzione di finalità diverse da quelle inerenti alla normativa in questione comportando di fatto una illegittima dilatazione dell'ambito della materia governo del territorio.*

*Inoltre, la Corte accoglie il ricorso in relazione ai co. 4 e 9 ove, per la definizione degli accordi di programma per l'attuazione del piano, sono previste procedure di approvazione che consentono di superare agevolmente un'eventuale mancata intesa in sede di conferenza unificata. Ciò, ad avviso della Corte, si pone in contrasto con l'utilizzo stesso dello strumento "forte" dell'intesa, assegnando ad una delle parti coinvolte nell'accordo un ruolo preminente, in contravvenzione al principio di leale collaborazione. Relativamente all'alienazione di immobili di edilizia residenziale, invece, la Corte accoglie il ricorso in relazione all'art. 13, co. 2, che stabilisce precisi criteri per la definizione degli accordi con le regioni per la semplificazione*

*delle relative procedure. La norma, ad avviso della Corte, invade la competenza legislativa residuale delle regioni in materia.*

*Infine, la Corte dichiara l'incostituzionalità del co. 3 ter dello stesso articolo, che prevede la cessione in proprietà degli alloggi alle famiglie che abitano in locali malsani. La Corte chiarisce che la disposizione contrasta con l'art. 117, co. 4, Cost., in quanto la materia di riferimento, quella della gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica, appartiene alla competenza residuale delle regioni (Red. Elisa Lori).*

Corte costituzionale, 26.3.2010, n. 120

**Valutazione di impatto ambientale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 4, co. 4, l. reg. Puglia, 9.10.2005, n. 25 - art. 117, co. 1 - accoglimento.**

*La Presidenza del consiglio dei ministri ha sollevato, con riferimento all'art. 117, co. 1 e 2, lett. a), cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 4, l. reg. Puglia, 9.10.2005, n. 25, nella parte in cui prevede, con riferimento agli elettrodotti, che "non sono soggette ad autorizzazione né a dichiarazione di inizio attività gli interventi di manutenzione ordinaria degli impianti esistenti, ivi comprese la sostituzione dei componenti degli stessi e le varianti di tracciato concordate con i proprietari dei fondi interessati e le amministrazioni interessate".*

*La Corte accoglie il ricorso e dichiara l'incostituzionalità della norma impugnata per violazione dell'art. 117, co. 1, cost., chiarendo che la suddetta disposizione, non subordinando la variante di tracciato alla preventiva autorizzazione o denuncia, contrasta con le disposizioni comunitarie in materia di valutazione di impatto ambientale (Red. Francesco Sampugnaro).*

Corte costituzionale, 26.3.2010, n. 119

**Energia rinnovabile - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 2, co. 1, 2 e 3, art. 3, co. 1 e 2, l. reg. Puglia, 21.10.2008, n. 31 - principio di leale collaborazione; art. 117, cost. - accoglimento.**

*L'art. 2, co. 1 e 2, l. reg. Puglia, 21.10.2008, n. 31, vietava la realizzazione di impianti fotovoltaici in determinate zone del territorio.*

*La Corte ha chiarito che l'individuazione dei siti idonei alla realizzazione dei suddetti im-*

pianti è materia attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, trattandosi di tutela dell'ambiente. La regione non può pertanto sostituirsi al legislatore statale nell'individuazione delle aree dove collocare gli impianti alimentati da fonti di energia alternativa. Di conseguenza, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2, co. 1 e 2 e 3 della norma impugnata per violazione dell'art. 117 cost. Inoltre, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità anche dell'art. 3 co. 1 e 2 della suddetta legge regionale nella parte in cui prevedeva, per alcune tipologie di impianti, l'applicazione della procedura semplificata della denuncia di inizio attività (DIA). Sul punto la Corte ha chiarito che l'individuazione dei siti in relazione ai quali si può procedere con DIA è riservata alla competenza 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 (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 19.3.2010, n. 108

**Sanità pubblica - giudizio in via incidentale su ricorso della Corte d'Appello di Trieste - art. 15, co. 2, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 26.10.2006, n. 19 - art. 117, co. 3, cost. e art. 5, num. 16, l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia) - accoglimento.**

La Corte d'Appello di Trieste ha proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, co. 2, l. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 19/2006. Tale norma regionale stabilisce che: «Dopo il co. 1 dell'art. 4 della l. reg. n. 21/2001, è inserito il seguente: “1-bis. Successivamente alla chiusura delle gestioni liquidatorie delle sopresse unità sanitarie locali, ogni e qualsiasi spesa accertata o riconosciuta, anche in giudizio, per debiti oneri e risarcimento danni relativa a tali gestioni fa carico ai bilanci delle aziende sanitarie regionali subentrate alle unità sanitarie locali sopresse ed è esclusa ogni legittimazione passiva, sostanziale e processuale dell'amministrazione regionale, stante la diretta ed esclusiva responsabilità delle aziende sanitarie regionali per le passività delle gestioni liquidatorie». La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata in quanto non realizza quella impermeabilità fra patrimonio della ASL e situazione debitoria della pregressa USL tale da rispettare il vincolo normativo di cui all'art. 6, co. 1, l.

23.12.1994, n. 724 (considerato principio fondamentale della legislazione statale in materia di tutela della salute), per il quale in nessun caso i debiti delle USL debbono gravare sulle nuove ASL (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 17.03.2010, n. 101

**Tutela dell'ambiente, autorizzazione paesaggistica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 58, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 23.2.2007, n. 5 (Riforma dell'urbanistica e disciplina dell'attività edilizia e del paesaggio), come sostituito dall'art. 2, co. 13, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 21.10.2008, n. 12, “Integrazioni e modifiche alla l. reg. n. 5/2007 (Riforma dell'urbanistica e disciplina dell'attività edilizia e del paesaggio)” - art. 117, co. 2, lett. s), cost.; artt. 4, 5 e 6 l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia) - illegittimità parziale.**

Il Presidente del consiglio dei Ministri ha impugnato l'art. 58, co. 1 e 2, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 23.2.2007, n. 5, nella parte in cui prevede che i comuni competenti al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica provvedono con applicazione della procedura transitoria, sino all'adeguamento dei loro strumenti di pianificazione, al piano paesaggistico regionale.

Secondo la Corte, la norma impugnata ha modificato il termine stabilito a livello nazionale per quanto concerne il procedimento di autorizzazione paesaggistica, determinando un'illegittima riduzione della tutela del paesaggio imposta dalla legislazione statale.

La Corte ha ribadito che, essendo il paesaggio un valore primario ed assoluto dell'ordinamento, in materia di tutela dell'ambiente e del paesaggio, la disciplina statale costituisce un limite minimo di tutela non derogabile dalle regioni, ordinarie o a statuto speciale, e dalle province autonome. Pertanto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58, co. 1 e del co. 2, limitatamente alle parole “a seguito dell'adeguamento degli strumenti di pianificazione al piano paesaggistico regionale, per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica”, l. reg. Friuli-Venezia Giulia citata. Inoltre, in via consequenziale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 60, co. 1, della citata l. reg., limitatamente alle parole “Fino all'adeguamento degli strumenti urbanistici al PTR”. In argomento, cfr.: C. cost.: 14.11.2007, n. 378; C. cost. 23.12.2008, n. 437 e C. cost. 30.5.2008,



n. 180; C. cost. 5.3.2009, n. 61 (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 17.3.2010, n. 100

**Concorsi pubblici, consulenze, coordinamento finanza pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del consiglio - artt. 4 e 7 della l. reg. Campania 28.11.2008, n. 16 (Misure straordinarie di razionalizzazione e riqualificazione del sistema sanitario regionale per il rientro dal disavanzo) - artt. 3, 51, 97, 81, 117 cost. e principio di leale collaborazione - accoglimento parziale.**

*Le norme censurate prevedono la possibilità, per le Aziende sanitarie locali e per quelle ospedaliere, di disporre l'affidamento di consulenze, nonché di indire concorsi riservati per l'assunzione di personale. La ricorrente lamenta violazione del principio di leale collaborazione e dell'art. 117 cost., comportando tali norme impegni di spesa in contrasto con l'accordo del 2007 per il rientro dal disavanzo nel settore sanitario tra Presidente della Regione e Ministri della salute e dell'economia in esecuzione dell'art. 1, co. 180, della legge finanziaria 2005 che esprime un principio di coordinamento della finanza pubblica. La Corte respinge tali censure in quanto ribadisce l'inapplicabilità del principio di leale collaborazione allo svolgimento della funzione legislativa riservandola esclusivamente all'attività amministrativa regionale. La sentenza esclude la violazione dell'art. 117, co. 3, Cost. in relazione al coordinamento della finanza pubblica, in quanto l'art. 4 della legge regionale non prevede la possibilità del ricorso a consulenze secondo condizioni meno rigorose di quelle previste dalla legislazione statale e l'art. 7, in riferimento all'accesso al lavoro pubblico regionale, è riconducibile alla materia della or-*

*ganizzazione amministrativa regionale, di competenza residuale regionale ex art. 117, co. 4, cost. e non a quella del coordinamento della finanza pubblica. La Corte dichiara l'illegittimità dell'art. 7 della legge regionale per violazione degli artt. 3, 51 e 97 cost. in quanto dispone procedure selettive riservate, che riducono irragionevolmente la possibilità di accesso dall'esterno, violando il carattere pubblico e aperto del concorso. E' ritenuta inoltre sussistente la violazione dell'art. 81 cost. per mancata previsione di idonea copertura finanziaria (Red. Rosa Valicenti).*

Corte costituzionale, 5.3.2010, n. 81

**Sanità pubblica - giudizio in via incidentale su ricorso del Tribunale ordinario di Roma - art. 2, co. 161, d.l. 3.10.2006, n. 262, conv., con modificazioni, in l. 24.11.2006, n. 286 - artt. 3 e 97 cost. - accoglimento.**

*Il Tribunale ordinario di Roma ha proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 161, del d.l. 3.10.2006, n. 262, conv., con modificazioni, in l. 24.11.2006, n. 286, per violazione degli artt. 3 e 97 cost., in quanto prevede un'interruzione automatica del rapporto di lavoro prima della scadenza del termine stabilito per la sua durata.*

*La Corte, come in casi simili, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata in quanto la previsione di una cessazione automatica, ex lege e generalizzata, degli incarichi dirigenziali "interni" di livello generale viola, in carenza di idonee garanzie procedurali, i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione ed, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello del buon andamento dell'azione stessa (Red. Filippo Barbagallo).*

«.....GA.....»

# URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

**L'ART. 5 DEL D.L. 25.3.2010, N. 40, NEL TESTO MODIFICATO DALLA LEGGE DI CONVERSIONE 22.5.2010, N. 78, HA NOVELLATO LA DISCIPLINA DELLA "ATTIVITÀ EDILIZIA LIBERA" DETTATA DALL'ART. 6 DEL D.P.R. 6.6.2001, N. 380 (TESTO UNICO DELL'EDILIZIA)**

*Con l'art. 5 del d.l. 25.3.2010, n. 40, prima, e la legge di conversione 22.5.2010, n. 78, poi, il legislatore ha attuato una rilevante riforma della disciplina della "attività edilizia libera" dettata dall'art. 6 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 (cd. Testo Unico dell'Edilizia). Le principali novità introdotte riguardano l'ampliamento della sfera degli interventi che possono essere eseguiti senza un previo titolo abilitativo e, per alcuni di essi, la previsione di una comunicazione dell'inizio dei lavori da parte dell'interessato all'amministrazione comunale.*

La l. 22.5.2010, n. 78 ha convertito con modificazioni il d.l. 25.3.2010, n. 40 (recante "Disposizioni urgenti tributarie e finanziarie in materia di contrasto alle frodi fiscali internazionali e nazionali operate, tra l'altro, nella forma dei cosiddetti «caroselli» e «cartiere», di potenziamento e razionalizzazione della riscossione tributaria anche in adeguamento alla normativa comunitaria, di destinazione dei gettiti recuperati al finanziamento di un Fondo per incentivi e sostegno della domanda in particolari settori"), il cui art. 5, per quel che interessa in questa sede, ha novellato l'art. 6 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 (Testo Unico dell'Edilizia), dedicato alla "attività edilizia libera".

Innanzitutto, il legislatore ha ritenuto di dover esplicitare alcune delle "altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina del-

*l'attività edilizia"* nel rispetto delle quali l'attività edilizia è consentita senza titolo abilitativo. Tali norme sono, "in particolare" quelle antisismiche, quelle di sicurezza, quelle antincendio, quelle igienicosanitarie e quelle relative all'efficienza energetica che vanno ad aggiungersi alle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d. lgs. 22.1.2004, n. 42 (che ha sostituito il d. lgs. 29.10.1999, n. 490, richiamato nel precedente testo dell'art. 6 in esame).

Quanto agli interventi liberamente eseguibili, sono rimasti: a) quelli di "manutenzione ordinaria"; b) quelli "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"; e c) "le opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico ... eseguite in aree esterne al centro edificato", dalle quali ultime, tuttavia, sono state escluse quelle attinenti ad "attività di ricerca di idrocarburi". Alle originarie ipotesi di attività edilizia libera che si sono appena viste, si vengono ora ad aggiungere anche: d) "i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari", nonché e) "le serre mobili stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola".

A fianco dei suddetti interventi previsti dal co. 1 del novellato art. 6 in esame, il successivo co. 2 ne enumera altri - a) "gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, co. 1, lett. b) [del d.P.R. n. 380/2001], ivi compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio,

non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici”; b) “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”; c) “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, ivi compresa la realizzazione di intercapedini interamente interrate e non accessibili, vasche di raccolta delle acque, locali tombati”; d) “i pannelli solari, fotovoltaici e termici, senza serbatoio di accumulo esterno, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A) di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2.4.1968, n. 1444”; ed e) “le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici” – per i quali detta una disciplina parzialmente diversa.

Ferma restando, infatti, “nel rispetto dei medesimi presupposti”, la non necessità di alcun titolo edilizio, viene, tuttavia, richiesta la “previa comunicazione, anche per via telematica, dell’inizio dei lavori da parte dell’interessato all’amministrazione comunale” (co. 2), alla quale devono essere allegate “le autorizzazioni eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore e, limitatamente agli interventi di cui alla lett. a) del medesimo co. 2, i dati identificativi dell’impresa alla quale intende affidare la realizzazione dei lavori” (co. 3).

Un’ulteriore prescrizione riguarda proprio gli interventi di cui al co. 2 lett. a) – ossia gli interventi di straordinaria manutenzione previsti dall’art. 3, co. 1, lett. b) del Testo Unico – per i quali, “l’interessato, unitamente alla comunicazione di inizio dei lavori, trasmette all’amministrazione comunale una relazione tecnica provvista di data certa e corredata degli opportuni elaborati progettuali, a firma di un tecnico abilitato, il quale dichiara preliminarmente di non avere rapporti di dipendenza con l’impresa né con il committente e che asseveri, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi

vigenti e che per essi la normativa statale e regionale non prevede il rilascio di un titolo abilitativo” (co. 4).

Per tutti gli interventi così disciplinati dal novellato art. 6 è, quindi, stabilito che “l’interessato provvede, nei casi previsti dalle vigenti disposizioni, alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale nel termine di cui all’art. 34 quinquies, co. 2, lett. b), del d.l. 10.1.2006, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla l. 9.3.2006, n. 80” (co. 5).

La riforma introdotta dal d.l. n. 40/2010 (e dalla l. di conversione n. 73/2010), inoltre, ha previsto una sanzione pecuniaria, in caso di mancata comunicazione dell’inizio dei lavori di cui al co. 2 o mancata trasmissione della relazione tecnica di cui al co. 4, pari ad €. 258, la quale “è ridotta di due terzi se la comunicazione è effettuata spontaneamente quando l’intervento è in corso di esecuzione” (co. 7).

Infine, viene espressamente rimessa alle regioni a statuto ordinario la possibilità di: a) “estendere la disciplina di cui al presente articolo a interventi edilizi ulteriori rispetto a quelli previsti dai commi 1 e 2”; b) “individuare ulteriori interventi edilizi, tra quelli indicati nel co. 2, per i quali è fatto obbligo all’interessato di trasmettere la relazione tecnica di cui al co. 4”; c) “stabilire ulteriori contenuti per la relazione tecnica di cui al co. 4, nel rispetto di quello minimo fissato dal medesimo comma”.

«..... GA .....»

## ART. 15 L. 96/2010: TUTELA DALL’INQUINAMENTO ACUSTICO

“f) l’indicazione, con uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, dei criteri per la progettazione, l’esecuzione e la ristrutturazione delle costruzioni edilizie e delle infrastrutture dei trasporti, ai fini della tutela dall’inquinamento acustico”

«..... GA .....»

**ART. 2 D. LGS. 128/2010: ALCUNE NOVITÀ IN TEMA DI VAS**

*«m-bis) verifica di assoggettabilità di un piano o programma: la verifica attivata allo scopo di valutare, ove previsto, se piani, programmi ovvero le loro modifiche, possano aver effetti significativi sull'ambiente e devono essere sottoposti alla fase di valutazione secondo le disposizioni del presente decreto considerato il diverso livello di sensibilità ambientale delle aree interessate;*

*m-ter) parere motivato: il provvedimento obbligatorio con eventuali osservazioni e condizioni che conclude la fase di valutazione di VAS, espresso dall'autorità competente sulla base dell'istruttoria svolta e degli esiti delle consultazioni;*

*c) al co. 7 la lett. c) e' sostituita dalla seguente: «c) fermo il rispetto della legislazione*

*comunitaria eventuali ulteriori modalità, rispetto a quelle indicate nel presente decreto, purché con questo compatibili, per l'individuazione dei piani e programmi o progetti da sottoporre a VAS, VIA ed AIA e per lo svolgimento della relativa consultazione;*

*d) al co. 7 dopo la lett. d), e' aggiunta la seguente lettera:*

*«e) le regole procedurali per il rilascio dei provvedimenti di VIA ed AIA e dei pareri motivati in sede di VAS di propria competenza, fermo restando il rispetto dei limiti generali di cui al presente decreto ed all'art. 29 della l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni.»*

«..... GA.....»

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LIBERALIZZAZIONE DI INTERVENTI EDILIZI MINORI, INTRODUZIONE DELLA C.I.A. E SOSTITUZIONE DELLA D.I.A. CON LA S.C.I.A.

del Dott. Arch. Luca Scarpolini

*La semplificazione delle procedure edilizie per interventi minori e per il completamento della rete di banda larga mobile*

Con l'avvio di una miniriforma per la semplificazione dei procedimenti edilizi, lo Stato aveva introdotto con il d.l. 25.3.2010, n. 40 concernente *"Disposizioni urgenti tributarie e finanziarie ... e sostegno della domanda in particolari settori"*, pubblicato nella G.U. n. 71 del 26.3.2010, una prima liberalizzazione d'interventi edilizi minori.

In particolare l'art. 5 del d.l. n. 40/2010 modificava il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al d.P.R. 6.6.2001, n. 380, sostituendo l'art. 6 *"Attività edilizia libera"* con un testo che liberalizzava la manutenzione straordinaria fatte salve eventuali *"... 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 ..."* con la conseguenza che dal 25.3.2010, i seguenti interventi potevano essere realizzati senza alcun titolo abilitativo edilizio: manutenzione ordinaria; eliminazione di barriere architettoniche; opere temporanee per ricerca nel sottosuolo (geognostica), ad esclusione di ricerca idrocarburi, e fuori al centro edificato; movimenti di terra per agricoltura e pratiche agro-silvo-pastorali,

compresi interventi su impianti idraulici agrari; serre mobili stagionali agricole senza strutture in muratura;

Questa miniriforma di semplificazione o più propriamente di liberalizzazione, stabiliva, altresì, che altri interventi erano liberalizzati e che potevano essere realizzati senza alcun titolo abilitativo edilizio mediante la presentazione di una *"C.I.A."* (comunicazione d'inizio attività), tra cui: la manutenzione straordinaria (art. 3, co. 1, lett. b), che non riguardasse le strutture dell'edificio, che non aumentasse unità immobiliari né parametri urbanistici; le opere dirette a soddisfare obiettive esigenze temporanee e a essere rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro 90 gg.; le pavimentazioni e finiture degli spazi esterni, anche per aree sosta; i pannelli solari, fotovoltaici e termici, senza accumulo esterno, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori delle zone di tipo A di cui al d.m. 2.4.1968, n. 1444; le aree ludiche senza lucro ed elementi d'arredo di aree pertinenziali degli edifici. La normativa così introdotta per d.l., richiedeva che nella C.I.A. fossero riportati i dati identificativi dell'impresa alla quale s'intende affidare la realizzazione dei lavori, limitatamente agli interventi di cui alla citata lett. b).

Dopo un ampio dibattito suscitato anche dagli stessi Ordini dei tecnici abilitati per l'edilizia, con la l. 22.5.2010 n. 73 e con le modifiche derivanti dagli emendamenti votati dal Senato della Repubblica il 19.5.2010, è

convertito definitivamente in legge, con modificazioni, il d.l. 25.3.2010 n. 40, contenente, fra l'altro le modificazioni all'art. 6 del d.P.R., T.U. per l'edilizia, con l'elenco definitivo degli interventi che non richiedono dichiarazioni o segnalazioni d'inizio attività per essere realizzati e, soprattutto, eliminando dal testo inizialmente introdotto l'inciso "... *Salvo più restrittive disposizioni previste dalla disciplina regionale (...)*", lasciando come unico limite all'applicabilità delle nuove regole "*l'osservanza delle prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali (...)*" e quindi la normativa regionale e locale può soltanto estendere la disciplina di cui al novellato art. 6 d.P.R. n. 380/01 e ss. mm. ed ii., ossia può liberalizzare nuovi interventi rispetto a quelli già previsti nella norma nazionale.

Oltre a far prevalere la norma di semplificazione nazionale sulle norme di dettaglio regionale e locale, introduce l'obbligo per gli interventi di manutenzione straordinaria di allegare una relazione asseverata con gli elaborati tecnici necessari.

Secondo il nuovo testo dell'art. 6 del d.P.R. n. 380/01, T.U. dell'edilizia, così sostituito dall'art. 5 della l. n. 73 del 2010, il seguente elenco d'interventi (art. 6, co. 1) può essere eseguito senza alcun titolo abilitativo, nel rispetto delle prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali, e comunque 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:

- a) gli interventi di manutenzione ordinaria;
- b) 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;
- c) 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;
- d) i movimenti di terra strettamente perti-

nenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari;

e) le serre mobili stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola.

Si ritiene opportuno richiamare le previsioni normative di Semplificazione delle norme per l'installazione dei depositi di GPL di capacità complessiva non superiore a 13 mc di cui all'art. 17 del d. lgs. 22.2.2006, n. 128 "*Riordino della disciplina relativa all'installazione e all'esercizio degli impianti di riempimento, travaso e deposito di GPL, nonché all'esercizio dell'attività di distribuzione e vendita di GPL in recipienti, a norma dell'art. 1, co. 52, della l. 23.8.2004, n. 239*" (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 74 del 29.3.2006), secondo la quale anche l'installazione di depositi di G.P.L. di capacità complessiva max di 13 mc è considerata, ai fini urbanistici ed edilizi, attività edilizia libera, come disciplinata dal medesimo art. 6 del d.P.R. n. 380/2001.

Con il nuovo testo dell'art. 6 co. 2 del d.P.R. n. 380/2001, nel rispetto dei medesimi presupposti di cui al co. 1, previa comunicazione, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori "*C.I.A.*" da parte dell'interessato all'amministrazione comunale, possono essere eseguiti senza alcun titolo abilitativo i seguenti interventi:

a) gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, co. 1, lett. b) "*...b) [= le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche delle destinazioni di uso ...]*"; ivi compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici;

b) le opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro 90 gg.;

c) 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, ivi compresa la realizzazione di intercapedini interamente interrato e non accessibili, vasche di raccolta delle acque, locali tombati;

d) i pannelli solari, fotovoltaici e termici, senza serbatoio di accumulo esterno, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A) di cui al d. m. 2.4.1968, n. 1444;

e) le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici.

Con il comma 3 del nuovo art. 6 è stabilito che, per gli interventi di Manutenzione straordinaria (art. 6 co. 2, tutte le lettere, del d.P.R. n. 380/01) alla comunicazione dell'inizio dei lavori "C.I.A." l'interessato allega le autorizzazioni eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore.

Qui preme evidenziare che questa forma semplificata e immediata di segnalazione d'inizio attività consente di eseguire interventi in zone anche vincolate previo ottenimento di autorizzazioni paesaggistiche o nulla osta di Parco Regionale dei Castelli Romani o N.O. di cui al vincolo idrogeologico ecc.

Qui è opportuno ricordare che la "C.I.A." non consente interventi che implicino opere strutturali nemmeno se autorizzati dal settore decentrato regionale del Genio Civile.

Con il co. 3 viene, altresì, stabilito che per gli interventi di manutenzione straordinaria (di cui all'art. 6 co. 2 del d.P.R. n. 380/01) limitatamente a quelli previsti alla lett. a) la comunicazione dell'inizio dei lavori "C.I.A. art. 6 co. 2 lett. a)" l'interessato allega, oltre alle autorizzazioni eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore, i dati identificativi dell'impresa alla quale intende affidare la realizzazione dei lavori.

Qui è interessante rilevare che la "C.I.A." non è un titolo abilitativo vero e proprio, ma una semplice comunicazione di avvio del cantiere, pertanto, non prevede per i lavori edili privati, come invece faceva la D.I.A., l'obbligo di allegare il D.U.R.C., che il committente doveva trasmettere alla PA prima

dell'inizio lavori<sup>1</sup>.

Anche gli uffici legislativi della Camera fecero notare che con la D.I.A. era prevista la presentazione del D.U.R.C. (Documento unico di regolarità contributiva) dell'impresa che realizzerà gli interventi, come disposto dall'art. 20, co. 2, del d. lgs. 251/2004.

Ora con la "C.I.A." ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. a) ovvero per le manutenzioni straordinarie rimane l'obbligo per l'interessato di allegare e comunicare soltanto i dati identificativi dell'impresa alla quale intende affidare la realizzazione dei lavori, senza necessità di trasmettere il D.U.R.C. (documento unico della regolarità contributiva.)

Restano fatte salve le norme di cui all'art. 90, co. 9 e 10 del d. lgs. 9.4.2008, n. 81 "Attuazione dell'art. 1 della l. 3.8.2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro" (pubblicato in G.U. n. 101 del 30.4.2008 – S.O. n. 108), limitatamente agli obblighi del committente o del responsabile dei lavori nelle fasi di progettazione dell'opera, si attiene ai principi e alle misure generali di tutela ... al momento delle scelte architettoniche, tecniche ed organizzative, onde pianificare i vari lavori o fasi di lavoro che si svolgeranno simultaneamente o successivamente e all'atto della previsione della durata di realizzazione di questi vari lavori o fasi di lavoro, e che anche nel caso di affidamento dei lavori ad un'unica impresa deve verificare l'idoneità tecnicoprofessionale dell'impresa affidataria, delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare (mediante

1. Infatti, per chiarezza è opportuno richiamare il d. lgs. 6.10.2004, n. 251, concernente le disposizioni correttive del d. lgs. 10.9.2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 239 dell'11.10.2004, all'art. 20, co. 2, il quale stabilisce che: «All'articolo 86, comma 10, lettera b), del decreto legislativo, secondo capoverso, la lettera b-ter), è sostituita dalla seguente: «b-ter trasmette all'amministrazione concedente prima dell'inizio dei lavori, oggetto del permesso di costruire o della denuncia di inizio di attività, il nominativo delle imprese esecutrici dei lavori unitamente alla documentazione di cui alle lettere b) e b-bis). In assenza della certificazione della regolarità contributiva, anche in caso di variazione dell'impresa esecuttrice dei lavori, è sospesa l'efficacia del titolo abilitativo.».>>

presentazione da parte delle imprese del certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. e del documento unico di regolarità contributiva, D.U.R.C., corredato da autocertificazione in ordine al possesso degli altri requisiti previsti dall'allegato XVII, chiede alle imprese esecutrici una dichiarazione dell'organico medio annuo, ... corredata dagli estremi delle denunce INPS, INAIL e alle casse edili ... mentre non è obbligato a trasmettere all'amministrazione competente, prima dell'inizio dei lavori il D.U.R.C. in quanto trattasi di opere in assenza di permesso di costruire o S.C.I.A. (ex D.I.A.) mentre tutta la documentazione sopra menzionata deve essere disponibile in cantiere.

Sempre per le "C.I.A." di cui agli interventi previsti nel d.P.R. n. 380/01, art. 6, co. 2, lett. a), l'interessato, allega alla comunicazione di inizio dei lavori, una relazione tecnica provvista di data certa e corredata degli opportuni elaborati progettuali, a firma di un tecnico abilitato, il quale dichiara preliminarmente di non avere rapporti di dipendenza con l'impresa né con il committente e che asseveri, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti e che per essi la normativa statale e regionale non prevede il rilascio di un titolo abilitativo.

Con il co. 5, sempre per gli interventi di cui nel T.U. dell'edilizia, art. 6, co. 2, confermato l'obbligo di provvedere, nei casi previsti dalle vigenti disposizioni, alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale nel termine <sup>(2)</sup> di cui all'art. 34 *quinquies*, co. 2, lett. b), del d.l. 10.1.2006, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla l. 9.3.2006, n. 80.

Con il co. 6, sempre per gli interventi di

<sup>(2)</sup> Termine di trenta giorni dal completamento e abitabilità della costruzione da meglio confrontare in proposito con la Circolare dell'Agenzia del Territorio N. 3/2006 dell'11.4.2006 recante a oggetto "Nuovi termini per l'accatastamento delle unità immobiliari urbane, ai sensi dell'art. 34-*quinquies*, ..." nella quale sono meglio esplicitate le novità introdotte dall'articolo 34 *quinquies* del d.l. 10.1.2006, n. 4, aggiunto in sede di conversione dalla l. 9.3.2006, n. 80, pubblicata sulla G.U. n. 59 dell'11.3.2006, nell'ambito delle procedure di accertamento delle dichiarazioni di nuova costruzione e di variazione delle unità immobiliari già censite e del processo di semplificazione dei procedimenti amministrativi catastali e edilizi.

cui nel T.U. dell'edilizia, art. 6, co. 2, viene esplicitamente confermato che le regioni a statuto ordinario possono estendere la disciplina di cui al presente articolo a interventi edilizi ulteriori rispetto a quelli previsti dai coo. 1 e 2. Da ciò discende che il rinvenimento di norme più restrittive regionali o nei locali regolamenti non consente la restrizione della liberalizzazione per gli interventi sopra descritti.

Nel T.U. dell'edilizia, all'art. 6, co. 7 vengono previste delle sanzioni in caso di mancata comunicazione dell'inizio dei lavori ovvero la mancata trasmissione della relazione tecnica, di cui ai commi 2 e 4 del medesimo art. 6. Una sanzione fissa di 258,00 euro riducibile di due terzi (86,00 euro) se la comunicazione è effettuata spontaneamente quando l'intervento è in corso di esecuzione. Qui preme sottolineare che la sanzione è da intendersi spontanea in caso sia precedente ad ispezioni e/o richieste da parte della Polizia Municipale o degli uffici tecnici comunali.

È opportuno che in caso di accertamento di mancanza di C.I.A. in seguito ad ispezione, sia subito emesso verbale di violazione del disposto di cui all'art. 6, co. 2 e 4 del d.P.R. indicando la sanzione di cui al comma 7 pari a 258,00€ e che la stessa sia notificata all'interessato ingiungendo il pagamento entro 30 giorni.

Si ritiene utile e opportuno segnalare che [cfr. anche Cass. Sez. III sent. 1810 del 19.1.2009 (Cc 2.12.2008) e Cass. Sez. III sent., 20.1.2009 n. 2112] è una linea giurisprudenziale costante quella che ritiene non applicabile il regime della D.I.A. a lavori edilizi che interessino manufatti abusivi che non siano stati sanati né condonati, in quanto gli interventi ulteriori (sia pure riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, del restauro e/o risanamento conservativo, della ristrutturazione, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche) ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale si inseriscono strutturalmente (Cass. Penale, Sez. III, 19.4.2006 n. 21490).

Per le stesse ragioni esposte nelle sentenze sopra citate si ritiene che su manufatti con abusi edilizi non condonati, non è applicabile

il regime di attività edilizia libera e la "C.I.A." "comunicazione inizio attività" ai sensi dell'art. 6, co. 2 ed in particolare la lett. a) interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, co. 1, lett. b), ovvero le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne.

Come altra conseguenza della riforma di semplificazione dei procedimenti edilizi la l. 22.5.2010 n. 73 e le modifiche derivanti dagli emendamenti nella versione definitiva di conversione in legge, con modificazioni, il d.l. 25.3.2010, n. 40, contiene anche un art. 5 *bis*, meno noto (Modifiche alla disciplina in materia d'installazione di reti e d'impianti di comunicazione elettronica) che dispone le seguenti ulteriori novità:

*"1. Nel codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al d. lgs. 1.8.2003, n. 259, dopo l'art. 87 è inserito il seguente: "Art. 87-bis. - (Procedure semplificate per determinate tipologie di impianti). – 1. Al fine di accelerare la realizzazione degli investimenti per il completamento della rete di banda larga mobile, nel caso di installazione di apparati con tecnologia UMTS, sue evoluzioni o altre tecnologie su infrastrutture per impianti radioelettrici preesistenti o di modifica delle caratteristiche trasmissive, fermo restando il rispetto dei limiti, dei valori e degli obiettivi di cui all'art. 87 nonché di quanto disposto al co. 3 bis del medesimo articolo, è sufficiente la denuncia di inizio attività, conforme ai modelli predisposti dagli enti locali e, ove non predisposti, al modello B di cui all'allegato n. 13. Qualora entro trenta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda sia stato comunicato un provvedimento di diniego da parte dell'ente locale o un parere negativo da parte dell'organismo competente di cui all'art. 14 della l. 22.2.2001, n. 36, la denuncia è priva di effetti. 2. Il co. 15-bis dell'art. 2 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, ... (omissis)..."."*

Questa modifica normativa è un pò meno nota ed è passata un pò sotto silenzio, mentre

consente una importante semplificazione nel campo della realizzazione delle opere edilizie minori per consentire la creazione o completamento di reti ed infrastrutture teologiche per la banda larga sottoponendole a semplice D.I.A., ovvero agganciando anche questi interventi come tutti gli altri già realizzabili mediante una semplice D.I.A. edilizia alle successive norme di semplificazione introdotte con la segnalazione certificata di inizio attività.

Infatti, ulteriori novità sono normative vengono introdotte e si desumono da una "lettura iniziale" della normativa che ha introdotto la segnalazione certificata di inizio attività "S.C.I.A." a seguito dell'integrale sostituzione dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 così come modificata dall'art. 49, co. 4 *bis*, della l. 29.7.2010, n. 122, di conversione del d.l. 31.5.2010, n. 78.

La versione iniziale del d.l. n. 78/2010 sulla manovra economica, inizialmente non conteneva la modifica dell'art. 19 della l. n. 241/90 ed in particolare non introduceva la S.C.I.A.

Questa normativa concernente la S.C.I.A., è stata repentinamente inserita durante l'iter di approvazione in Parlamento, con un maxi-emendamento. Così, all'art. 49 "Disposizioni in materia di conferenza di servizi" della citata l. 30.7.2010, n. 122 di conversione, dopo i primi quattro commi riguardanti la modifica della normativa della conferenza di servizi, sono stati aggiunti ulteriori commi quattro (*bis*, *ter*, *quater* e *quinqües*), introducendo la segnalazione certificata d'inizio attività (S.C.I.A.)

Questa modifica dell'art. 19 della l. n. 241/1990 sulla trasparenza amministrativa, entra immediatamente in vigore ai sensi dell'art. 56 della medesima l. n. 122/2010, il giorno stesso della pubblicazione (G.U. 30.7.2010 – S.O. n. 174) introducendo le novità che di seguito si prova a ricapitolare per quanto comprensibile dopo una prima lettura ed in assenza di giurisprudenza:

- l'eliminazione della dicitura "dichiarazione di inizio attività" (DIA) di cui all'art. 19 della l. n. 241/90 per sostituirla con la nuova nomenclatura e normativa della "segnalazione certificata di inizio

attività” (SCIA);

- che l’attività soggetta a segnalazione (S.C.I.A.) può essere iniziata dalla stessa data di presentazione come per l’attività edilizia libera soggetta a semplice comunicazione (C.I.A.) della “segnalazione” riducendo del tutto i tempi di attesa per il privato e raddoppiando il tempo per il controllo agli uffici (60 gg.), ampliando il sistema delle autocertificazioni;
- che la S.C.I.A. si dovrebbe applicare obbligatoriamente anche al settore edilizio laddove gli interventi dipendano esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge (ex D.I.A. così come derivata dall’art. 19 della legge n. 241/90, evoluto con le successive modifiche ovvero quegli interventi con cui i tecnici dell’edilizia ormai hanno esperienza più che decennale ed abitudine a realizzarli “in base a semplice denuncia di inizio attività, ai sensi dell’articolo 4 del d.l. 23.10.1993, n. 398, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.12.1993, n. 493, come sostituito dall’art. 2, co. 60, della l. 23.12.1996, n. 662, e successive modificazioni”);
- che la S.C.I.A. si dovrebbe applicare obbligatoriamente agli interventi minori del settore edilizio laddove questi dipendano esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali;
- per i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali è necessario ottenere esplicitamente atti di assenso comunque denominati dagli enti preposti alla tutela del vincolo con valutazioni anche discrezionali e per le quali si ritiene venga mantenuta la specifica procedura edilizia già normalmente in uso e canonizzata nel d.P.R. n. 380, art. 22, co. 6, di ottenerli prima di iniziare le attività e allegarli preventivamente nella S.C.I.A.

Si ritiene opportuno segnalare che al momento soltanto il ministero dello sviluppo economico ha emesso una circolare la n. 3637/C del 10.8.2010, concernente la segna-

lazione certificata inizio attività (S.C.I.A.) - Impatto sulle procedure ..., che sebbene tratti nello specifico la materia di settore economico produttivo, nello stesso tempo è, però, molto utile anche per le “considerazioni generali”, ove si legge testualmente: “... è stata pubblicata ..., la l. n. 122 del 2010, ... conversione ... del d.l. n. 78/2010. Con l’art. 49, co. 4 bis, del testo vigente del d.l. in parola si è provveduto, tra l’altro, a riformulare il testo dell’art. 19 della l. n. 241 del 1990 la cui nuova rubrica é: <<Segnalazione certificata di inizio attività - SCIA>>. La SCIA prende il posto, pertanto, della “dichiarazione di inizio attività”, che a sua volta aveva sostituito la “denuncia di inizio attività”. Si ritiene opportuno, considerata l’immediata entrata in vigore della disposizione in parola ...”

Da queste prime “considerazioni generali” ufficialmente rese in una circolare, gli uffici legislativi governativi forniscono un principio generale da considerare, in assenza di altre circolari del ministero delle infrastrutture più specificamente competente sul settore edilizio e tantomeno in presenza di eventuali primi pronunciamenti giurisprudenziali di riferimento, fatto salvo, poi, clare la norma prevista nel singolo caso locale da cui sicuramente scaturiranno ulteriori quesiti.

Per quanto sopra si ritiene opportuno rimarcare che, la citata circolare n. 3637/C del 10/08/2010 ribadisce in modo univoco che: << ... la SCIA prende il posto, pertanto, della “dichiarazione di inizio attività”, che a sua volta aveva sostituito la “denuncia di inizio attività” ...>>.

Questa circolare consente anche di fugare i primi e fondamentali dubbi eventualmente sorti sull’applicabilità della S.C.I.A. ai settori con normativa specifica come quello edilizio, chiarendo in modo definitivo che, secondo gli uffici legislativi del ministero, la dichiarazione di inizio attività già aveva sostituito la denuncia di inizio attività e che pertanto questo dualismo di denominazione non consente di ritenere la D.I.A. edilizia distinta da quella della norma di carattere generale di cui all’art. 19 della l. n. 241, ma semplicemente una norma di dettaglio per il settore edilizio.

In proposito è opportuno richiamare l’evoluzione della normativa, laddove il testo

originale della l. 7.8.1990, n. 241 concernente le nuove norme in materia di *“procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”* aveva introdotto l’istituto della *“denuncia di inizio di attività”* di cui all’art. 19 della l. n. 241 del 1990 che inizialmente non includeva le attività edilizie. L’applicabilità della D.I.A. fu poi estesa al campo edilizio solo in seguito con l’integrale modifica dell’art. 19 della l. n. 241/90, introdotta con l’art. 2 co. 10 della l. n. 537/1993, applicabilità *“... In tutti i casi in cui l’esercizio di un’attività privata sia subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nullamosta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, ad esclusione delle concessioni edilizie e delle autorizzazioni rilasciate ai sensi delle leggi 1.6.1939, n. 1089, 29.6.1939, n. 1497, e ...”* della *“... l. 8.8.1985, n. 431, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge, senza l’esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecniche discrezionali, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo per il rilascio degli atti stessi, l’atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio di attività da parte dell’interessato ...”* che in modo simile all’attuale prevedeva che spettasse *“... all’amministrazione competente, entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia, verificare d’ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge ...”*. testo storico che aggancia l’applicabilità dell’art. 19 anche al campo edilizio fin dal 1993. Testo che poi fu ancora modificato dall’art. 2, co. 60 della l. n. 662 del 1996, per poi confluire nel d.P.R. n. 380 del 2001 (t.u. per l’edilizia). Diversamente nasce con la l. 21.12.2001, n. 443 la D.I.A. in alternativa al Permesso di Costruire, e per coordinare le nuove norme con il d.P.R. n. 380/01 ne fu sospesa l’entrata in vigore. Con il decreto legislativo 27 dicembre 2002, n. 301 fu modificato il d.P.R. n. 380/01 e entrò il nuovo testo coordinato così risultante in vigore nel giugno del 2003 dopo essere stata introdotta nel T.U. (art. 22, comma 3) la nuova D.I.A. alternativa al permesso di costruire (cosiddetta super D.I.A.) introdotta dalla *“legge obiettivo”* e ricompresa nel T.U.

nell’ultimo assetto definitivo dato agli artt. 22 e 23 del nuovo T.U. per l’edilizia così come modificato dal d. lgs. n. 301/02.

Poi, il d.l. 14.3.2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla l. 14.5.2005, n. 80 (G.U. n. 111 del 14.5.2005 - S.O. n. 91), interviene nuovamente sull’art. 19 della l. n. 241/90, sulla norma di carattere generale, prevedendo tra l’altro il mutamento del *nomen juris* dell’istituto, che da *«denuncia»* che prende il nome di *«dichiarazione»* d’inizio attività.

Fino ad allora l’art. 19 della l. n. 241 aveva delineato così la *“denuncia di inizio attività”* come istituto generale accanto ad una *“denuncia di inizio attività”* applicata a specifici settori come quello edilizio normato anche dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. n. 380/01.

La modifica della nomenclatura non fu riportata negli artt. 22 e 23 del T.U. dell’edilizia che continuarono a utilizzare la denominazione originaria di *«denuncia»* di inizio attività pur rimanendo norma di settore edilizio come dettaglio di quella di carattere generale previsto nell’art. 19 della l. n. 241/90 e denominata *“dichiarazione”*.

Con questa riforma l’ambito di applicazione dell’istituto rimaneva quello dei provvedimenti autorizzativi e abilitativi, come nella versione precedente, ma l’applicabilità fu estesa a tutti quei provvedimenti non esclusi espressamente dalla legge.

Si ritiene che oggi con l’introduzione del nuovo istituto, la *“S.C.I.A.”* segnalazione certificata d’inizio attività si procede a un’ulteriore riforma dell’art. 19 della l. n. 241/90 che in generale obbliga alla sostituzione di ogni atto abilitativo ... comunque denominato e quindi sia di una D.I.A./dichiarazione (norma di carattere generale) o una D.I.A./denuncia d’inizio Attività nel settore edilizio.

Si richiama il nuovo testo della l. n. 241/90 (così come modificato dall’art. 49, co. 4 bis, l. n. 122/2010):

*“art. 19 (Segnalazione certificata di inizio attività - SCIA) 1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, ... (omissis) ...*

*... il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a*

*contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, ... (omissis) ...*

*... La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, ... (omissis) ..., ... nonché dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ... (omissis) ...;*

*... tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ... (omissis) ...".*

Si ritiene opportuno evidenziare che il legislatore tratta esplicitamente di "*... autorizzazione ... licenza ... concessione ... permesso o nulla osta comunque denominato, ... esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali ... dichiarazioni sostitutive di certificazioni ... nonché dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ... corredate dagli elaborati tecnici ... casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ...*".

Questa è terminologia tecnica tipica dell'edilizia. È evidente il riferimento alla materia su cui incide la SCIA anche alla luce di una rilettura dell'evoluzione storica della norma di cui all'art. 19 della l. n. 241/90.

Si ritiene opportuno evidenziare che il legislatore ha stabilito che "*... ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione ...*" comunque denominato ... è sostituito da una segnalazione (SCIA) ... questa formulazione comporta un obbligo di utilizzo della S.C.I.A. e non una facoltà da parte del cittadino.

La questione concernente i permessi di costruire e alle D.I.A. in alternativa ai permessi di costruire è meno evidente e può trarre in inganno i tecnici dell'edilizia a una prima veloce lettura. L'applicabilità all'edilizia della riforma dell'art. 19 della l. n. 241/90 non pare

potrebbe essere riferita alle norme edilizie di cui al Permesso di costruire (d.P.R. n. 380/01 art. 10), né alla D.I.A. alternativa al permesso di costruire (altrimenti detta "*super-D.I.A.*" di cui al d.P.R. n. 380/01 art. 22 co. 3) anche se la questione richiederebbe qualche chiarimento da parte del Governo, soprattutto per evitare l'eccesso opposto di applicare la riforma della semplice D.I.A. e sua sostituzione con la S.C.I.A. e le sue norme anche ad altri titoli abilitativi diversamente e puntualmente normati che nulla hanno in comune con l'art. 19 della l. n. 241/90.

In attesa di chiarimenti ufficiali ed eventuali circolari in materia edilizia, si ritiene di poter indicare che gli interventi finora realizzabili con D.I.A. semplice, esclusi quelli previsti anche con l'alternativa a un permesso di costruire ("*super-D.I.A.*"), dovrebbero rientrare nella fattispecie realizzabile oggi con una S.C.I.A. escludendo le zone vincolate dove rimane l'obbligo di cui al d.P.R. n. 380, art. 22, co. 6 che prescrive: "*6. La realizzazione degli interventi di cui ai commi 1, 2 e 3 che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistica-ambientale, è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle relative previsioni normative. Nell'ambito delle norme di tutela rientrano, in particolare, le disposizioni di cui al d. lgs. 29.10.1999, n. 490 (ora d. lgs. n. 42 del 2004 - n.d.r.).*"

Qualche confusione può aver causato una prima lettura del testo normativo dell'art. 49, co. 4 *ter*, della l. 30.7.2010, n. 122 che così dispone:

*"4-ter. Il co. 4-bis attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), della cost., e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m) del medesimo comma. Le espressioni "segnalazione certificata di inizio di attività" e "Scia" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio di attività" e "Dia", ovunque ricorrano, anche come parte di un'espressione più ampia, e la disciplina di cui al co. 4-bis sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio di attività recata da ogni normativa statale e*

regionale.”.

Infatti, il testo normativo citato, di stile asciutto e stringato, dispone la sostituzione delle espressioni “dichiarazione di inizio di attività” e “Dia”, ovunque ricorrano ... e che la disciplina di cui al co. 4 *bis* sostituisca direttamente, quella della dichiarazione di inizio di attività formulazione questa sufficiente a incidere sul T.U. dell’Edilizia e sugli artt. 22 e 23 solo per quegli interventi e già oggetto di “denuncia di inizio attività”, con la vecchia nomenclatura in quanto editati prima della legge n. 80/2005 che cambiò nome alla DIA da “denuncia” a “dichiarazione”, denominazione non ancora aggiornata nel T.U. dell’edilizia e nel frattempo sostituita con la l. n. 122/2010.

In assenza di altri chiarimenti normativi e interpretativi sembra opportuno siano adeguate le pratiche di D.I.A. edilizie presentate dopo il 30.7.2010, riformulandole e adeguando alla normativa della S.C.I.A..

Le D.I.A. già presentate prima dell’entrata in vigore della l. n. 122 del 2010 possono completare l’iter in corso anche se non avevano ancora preso efficacia e completano la loro naturale scadenza nei tre anni successivi di durata di legge, mentre per quelle che avrebbero dovuto ancora prendere efficacia dopo il 30.7.2010 potrebbero essere trasformate in S.C.I.A..

Non si ritiene che gli indici urbanistici e i parametri edilizi possano essere intesi come strumenti di contingentamento, né la pianificazione urbanistica generale o attuativa possono essere intese come piani di settore che diversamente sono ad esempio il piano del traffico, dei parcheggi, del verde, ecc. ecc..

Si ritiene che il sistema sanzionatorio vigente rimane fermo per l’applicabilità degli artt. dal 27 al 44 e quindi anche per le ingiunzioni demolitorie, mentre qualche problematica emerge per la qualificazione delle violazioni edilizie sulle SCIA e per il calcolo delle sanzioni pecuniarie ai sensi dell’art. 37 commi da uno a cinque e per eventuali norme di dettaglio regionale, per i quali è necessario un approfondimento di lettura alla luce del nuovo testo dell’art. 19 della l. n. 241/90 e/o di qualche intervento chiarificatore ed esplicativo da parte degli uffici legislativi competenti.

Molti sono i dubbi interpretativi, apparsi anche sulla stampa nazionale, e molte le questioni che vanno attentamente studiate per dare corretta e adeguata applicazione alla nuova legge che richiede una diversa istruttoria all’interno delle amministrazioni coinvolte, a partire dagli uffici dell’edilizia privata.

Le eventuali S.C.I.A. che potrebbero essere presentate nel frattempo saranno gestite in attuazione della disciplina del nuovo art. 19 della l. 241/1990 così come sostituito dalla l. 122/2010, secondo quanto è possibile capire al momento.

Gli uffici comunali dello sportello S.U.E. o dello sportello S.U.A.P. sono chiamati a uno sforzo di maggiore impegno e studio anche per fornire informazioni agli utenti e per la rielaborazione di una nuova aggiornata modulistica che rispetti le nuove prescrizioni e i principi di semplificazione.

Ricapitolando si coglie l’occasione infine per segnalare un utile schema semplificato dei vari casi, per facilitare la comprensione del nuovo sistema in attesa di eventuali ulteriori interventi integrativi della normativa anche attraverso circolari esplicative.

Dal 26.5.2010 vige la l. n. 73/2010 che ha modificato il Testo Unico per l’edilizia d.P.R. 380/2001 distinguendo in tre tipologie di opere di attività edilizia libera, soggette a diversa disciplina, nel rispetto delle NTA degli strumenti urbanistici comunali e delle altre normative di settore (antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, efficienza energetica, codice dei beni culturali e paesaggio):

1<sup>a</sup> Tipologia di attività di edilizia libera senza obbligo di alcuna comunicazione “C.I.A.”, (art. 6, co. 1 del d.P.R. n. 380/2001 come modificato dalla l. n. 73/2010 di conversione del d.l. 40/2010), per le seguenti attività:

- a) manutenzione ordinaria;
- b) eliminazione di barriere architettoniche che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni, né alterazione della sagoma dell’edificio;
- c) opere temporanee di ricerca nel sottosuolo e di carattere geognostico, esclusa la ricerca d’idrocarburi, e che siano eseguite in aree esterne al centro edificato;

d) i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari;

e) le serre mobili stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola.

2<sup>a</sup> Tipologia di attività di edilizia libera comprendente interventi edilizi assoggettati all'obbligo di *comunicazione inizio lavori* "C.I.A." da parte dell'interessato (art. 6, co. 2, lett. dalla "b" alla "e", del d.P.R. n. 380/2001 come modificato dalla l. n. 73/2010 di conversione del d.l. 40/2010), (corredata delle autorizzazioni eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore), per le seguenti attività:

lett. b) opere per soddisfare esigenze temporanee destinate ad essere rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro 90 giorni;

lett. c) opere di pavimentazione e finitura spazi esterni, anche aree sosta, contenute entro l'indice di permeabilità, stabilito da strumento urbanistico comunale, compresa la realizzazione d'intercapedini interamente interrate, vasche raccolta acque e locali tombati;

d) installazione pannelli solari, fotovoltaici e termici, senza serbatoio di accumulo esterno, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A) centro storico;

e) aree ludiche senza fini di lucro ed elementi d'arredo di aree pertinenziali a edifici.

3<sup>a</sup> Tipologia di attività di edilizia libera comprendente interventi edilizi assoggettati all'obbligo di *comunicazione inizio lavori* "C.I.A." da parte dell'interessato (art. 6, co. 2, lett. dalla "a" del d.P.R. n. 380/2001 come modificato dalla l. n. 73/2010 di conversione del d.l. 40/2010), (corredata delle autorizzazioni eventualmente obbligatorie ai sensi delle normative di settore), per attività di manutenzione straordinaria (come definita nell'art. 3, c. 1, lett. b del T.U.), compresa l'apertura di porte interne o spostamento di pareti interne, sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici. La C.I.A. ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. dalla "a", d.P.R. n. 380/01, deve contenere i dati identificativi dell'impresa e una relazione

tecnica con progetto dei lavori "a firma di un tecnico abilitato il quale dichiara preliminarmente di non avere rapporti di dipendenza con l'impresa né con il committente e che asseveri, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti e che per essi la normativa statale e regionale non prevede il rilascio di un titolo abilitativo". Qualora l'intervento interessi beni con vincolo storico-artistico, paesaggistico o culturale si devono allegare le autorizzazioni o nullaosta di competenza degli enti depositari del vincolo.

Gli interventi edilizi minori una volta assoggettati a semplice denuncia di inizio attività, comprendenti attività di manutenzioni straordinarie per così dire "pesanti" che comportino anche interventi sulle parti strutturali dell'edificio, non rientrano nelle liberalizzazioni mediante presentazione di una C.I.A., richiedendo una segnalazione di inizio attività "S.C.I.A." (di cui al novellato art. 19 della l. n. 241/90).

Gli interventi edilizi minori una volta assoggettati a semplice denuncia di inizio attività, comprendenti attività di manutenzioni straordinarie per così dire "pesanti" con interventi sulle strutture, su edifici o in zone vincolate per tutela ambientale, paesaggistica o di beni culturali, non è presentabile una S.C.I.A. per via della esclusione delle certificazioni e attestazioni sostitutive in materia di tali vincoli, dove trova applicazione invece l'art. 22 co. 6 ovvero con l'obbligo di ottenere preventivamente tutti i nulla osta o autorizzazioni dei vari vincoli paesaggistici e di beni culturali prima di presentare una S.C.I.A. alla quale questi devono essere allegati.

Demolizioni e ricostruzioni con la fedele sagoma e le ristrutturazioni che non modificano l'edificio, gli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche, e Nuove costruzioni in genere: ai sensi art. 10 TUE sono interventi realizzabili con il permesso o con la D.I.A. alternativa (art. 22 co. 3);

le varianti in corso d'opera a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici, si può presentare una S.C.I.A. con

esclusione degli edifici soggetti a vincoli di tutela d'interessi paesaggistici e di beni culturali, nel qual caso alla SCIA si applica l'art. 22 co. 6. Più difficile sembrano da inquadrare gli interventi previsti dalle varie leggi regionali sul Piano casa che prevedrebbero interventi obbligatoriamente in D.I.A. ma come DIA alternativa a permessi di costruire che francamente sembrano proprio richiedere un

giudizio tecnico-discrezionale, che supera il mero accertamento di requisiti e che pertanto non rientra nei casi di cui all'art. 19 della l. n. 241 del 1990 così come poi modificata anche con la l. n. 122 del 2010 che non incide sulle specifiche leggi regionali che nell'ambito della loro potestà abbiano ampliato o ridotto l'ambito applicativo della D.I.A..

«.....GA.....»

## ACCERTAMENTI TECNICI E RISPETTO DEI RITUALI DA PARTE DELLA PA

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

*Qualora in fase di accertamento, siano già emersi o emergano indizi di reato, è obbligatorio seguire le prescrizioni del codice di procedura penale, a pena di inutilizzabilità dei risultati degli accertamenti.*

Esiste una norma del c.p.p., contenuta nell'art. 191, in base alla quale le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. Detta inutilizzabilità, effetto del vizio della prova, può essere sia eccepita dalle parti, sia rilevata d'ufficio, ovvero dal magistrato, in ogni stato e grado del procedimento.

Questo significa che ogni momento, dall'avvio delle indagini (e allora sarà il giudice per le indagini preliminari) fino a che non venga emessa una decisione irrevocabile, quel neo dell'elemento probatorio può essere fatto valere, e l'elemento in questione escluso dal corredo probatorio su cui il giudice è autorizzato ad assumere la sua decisione.

Detto vizio è più grave della semplice nullità: quest'ultima, infatti, viene "estinta" da un annullamento della Corte di cassazione, che copre il "dedotto e il deducibile" per cui, in un successivo (eventuale) giudizio di rinvio, non potrà più essere eccepita; l'inutilizzabilità, invece, sopravvive anche alla fase "rescindente" (la cassazione) e nella fase "rescissoria" (il giudizio di rinvio).

In tal senso, l'art. 526 c.p.p., in termini generali, stabilisce che il giudice non può utilizzare, ai fini della decisione (si legga: per adottare e motivare una sentenza), prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.

Il giusto processo, senza voler qui richiamare tematiche annose e, per molti versi, complicate, sottili e sfuggenti, è rappresentato dal novellato (ormai più di dieci anni fa) art. 111 della costituzione, in base al quale, fra l'altro, "ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale" (2°

co.) e "il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova" (co. 4).

Contraddire, in parole semplici, indica l'attività delle parti che, come in un tiro alla fune fra due forze per lo più uguali e contrarie, provocano ripetuti e continui assestamenti del segno della corda sul riferimento che determina il vincitore, fino ad arrivare al punto di equilibrio in cui cade la verità processuale che darà ragione all'uno o all'altro, senza (per fortuna, o purtroppo) la pretesa di farla combaciare con la verità storica. A volte, anche perché, quest'ultima, muta già solo a seconda del punto di osservazione.

Affermare che tutte le prove del processo si assumono in dibattimento equivarrebbe a voler effettuare la quadratura del cerchio. E, in vero, non sono storture del sistema o stratagemmi poco ortodossi delle parti processuali a impedire il conseguimento di questo traguardo che, per ciò solo, rimane un ideale cui tendere, senza ossessione.

Il nodo cruciale, piuttosto, si trova nella istantaneità degli accadimenti storici e nei tempi tecnici e logici della giustizia, che impediscono – non essendo disponibile, allo stato, la macchina del tempo – la celebrazione del processo nel momento stesso in cui un fatto accade; per questo, sul luogo e nell'immediatezza del reato, si rendere necessario raccogliere e conservare elementi di altrimenti certa dispersione.

Si fa riferimento, esemplificativamente, agli accertamenti tecnici urgenti e/o non ripetibili.

In questi, invero, varie sono le garanzie assicurate a che il risultato, pur non potendo garantirlo, rispetti il più possibile il normale

contraddittorio.

Si veda, in primo luogo, l'art. 360 c.p.p., relativo agli accertamenti tecnici non ripetibili eseguiti dal pubblico ministero<sup>1</sup>, nei quali, appunto si svolgono operazioni che non possono essere ripetute una seconda volta (la prova del guato di paraffina, ad esempio): in questi casi, invero, il diritto alla difesa e, dunque, al contraddittorio, vengono garantiti meno fermamente e, in casi di particolare urgenza, si attuano gli strumenti affinché, in ogni caso, l'esercizio di detto diritto sia sì consentito, ma, in ogni caso, l'atto compiuto in assenza del difensore è valido. Si tratta di tutti i casi di particolare urgenza che non consentano il differimento, se non a prezzo della impossibilità di eseguire utilmente e genuinamente l'accertamento.

La presenza del difensore, disciplinata dall'art. 364 c.p.p., è sacrificata sull'altare della certezza della prova o, sarebbe meglio dire, sull'assicurazione della prova o della fonte di prova. Nel caso specifico, addirittura, il p.m. può disattendere, dando motivazione dell'impossibilità del differimento che inevitabilmente ne deriverebbe, la richiesta dell'indagato (e/o, per lui, del suo difensore) di procedere ad incidente probatorio per l'assunzione dei medesimi elementi come prove,

<sup>1</sup> "Per cui "quando gli accertamenti previsti dall'art. 359 (accertamenti per cui servano specifiche competenze, n.d.r.) riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.

Si applicano le disposizioni dell'art. 364 co. 2.

I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.

Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.

Se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del co. 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattito".

ma nel migliore rispetto delle regole del contraddittorio. Si applica, inoltre, l'art. 369 bis c.p.p., informazione sul diritto di difesa, parente del più noto e spesso ricollegato art. 369, evoluzione del noto "avviso di garanzia".

L'art. 354 c.p.p., relativo all'attività di polizia giudiziaria, su delega del p.m. o di propria iniziativa in casi urgenti, cui è affidata la disciplina degli accertamenti urgenti su cose, persone e (eventuale) successivo sequestro<sup>2</sup>, in linea generale, contempera i medesimi valori, pur essendo qui, l'attenzione maggiormente focalizzata sul pericolo di dispersione di prova.

Si potrebbero citare diverse altre norme del codice di procedura penale come gli artt. 350, ove il diritto alla difesa è compreso al fine della immediata e utile prosecuzione delle indagini da parte della p.g., 352, relativo alla assicurazione delle fonti di prova nell'immediatezza del crimine da parte degli ufficiali di p.g. e altre ancora.

In tutti i casi esaminati, non si viola la costituzione o gli artt. 191 e/o 526 c.p.p.

Secondo l'art. 111, co. 5 cost., la legge (può) regola(re) i casi in cui la formazione

<sup>2</sup> A norma del quale: "Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria curano che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero.

Se vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modifichino e il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente, ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose. In relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità. Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti.

Se ricorrono i presupposti previsti dal co. 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sulle persone diversi dalla ispezione personale. Se gli accertamenti comportano il prelievo di materiale biologico, si osservano le disposizioni del co. 2-bis dell'art. 349".

della prova non avviene in contraddittorio delle parti: oltre al consenso dell'imputato e alla provata condotta illecita, viene richiamata, appunto, l'ipotesi di impossibilità oggettiva.

Almeno ad un grado di separazione dai casi ora esaminati, da un lato e dalla fisiologia dell'istruzione probatoria, dall'altro, si trova l'incidente probatorio, di cui agli artt. 392 e seguenti c.p.p..

In questo caso, invero, in cui vi è pericolo, in generale, che non possano essere poi assunte nel processo (si pensi alla classica testimonianza del moribondo), le prove de qua non vengono assunte in pubblico dibattimento, ma, pure in camera di consiglio, con tutte le garanzie del dibattimento in quanto compatibili. La mancata osservanza delle forme richieste da questo istituto, ovviamente, fa scattare l'inutilizzabilità per la copertura normativa assicurata dall'art. 191 c.p.p..

Dette prove, però, subiscono un ulteriore limite alla loro "efficacia": infatti, l'art. 403 c.p.p. ne inibisce l'utilizzabilità nei confronti di coloro i difensori dei quali non abbiano potuto partecipare all'assunzione delle medesime. Se il soggetto non era indagato al momento dell'incidente, le prove possono essere utilizzate anche se il difensore non ha partecipato al rito, nel caso in cui la ripetizione sia divenuta impossibile.

L'incidente probatorio, dunque, fornisce una garanzia dei diritti dell'indagato migliore dell'accertamento tecnico non ripetibile. E, invero, ove, formulata dall'indagato riserva di promuovere un incidente probatorio allo scopo dell'accertamento, il p.m. opponga un diniego che si riveli ingiustificato e proceda ai sensi dell'art. 360 c.p.p., le prove dallo stesso pervicacemente assunte saranno inutilizzabili in dibattimento. Ciò perché il p.m. ha privato immotivatamente l'indagato della garanzia di un miglior contraddittorio nell'assunzione della prova.

Nei casi sopra richiamati, invero, non accade che, in dibattimento, il contraddittorio manchi, ma, piuttosto, che il contraddittorio per la (formazione) della prova venga sostituito dal contraddittorio sulla prova (già formata): le parti hanno, dunque, e pur sempre, la possibilità di influenzare il convincimento del giudice circa la genuinità, l'attendibilità,

la pertinenza e la rilevanza dei risultati.

In detto contesto è opportuno richiamare, infatti, l'art. 431 c.p.p. in tema di formazione del fascicolo del (o meglio per il) dibattimento, che annovera, fra gli atti da inserire nel fascicolo del dibattimento processuale, a piena disposizione del giudice, gli esiti degli incidenti probatori e di accertamenti irripetibili *ab origine*. Per quegli elementi di prova (non prove) acquisiti durante le indagini, la "trasmigrazione" dal fascicolo del p.m. o del difensore a quello del dibattimento è condizionato, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., ad una irripetibilità sopravvenuta e, soprattutto, imprevedibile, perché, altrimenti, il mancato ricorso allo strumento del più volte citato incidente probatorio renderà al giudice non conoscibile e, in ogni caso, non utilizzabile detto elemento.

Allo scopo dell'utilizzo degli atti di cui agli artt. 431 e 512 c.p.p., il codice di procedura penale prevede, in linea generale, la possibilità o, se si tratta di dichiarazioni testimoniali e una parte ne fa richiesta, l'onere del giudice di darne lettura in dibattimento (art. 511 c.p.p.).

Nel contesto descritto ben si inserisce e, pertanto, si segnala, la sentenza n. 16386 della terza sezione penale della Corte di cassazione, emessa in camera di consiglio il 10 febbraio e depositata il 27.4.2010.

Oggetto della disputa su cui la Suprema Corte è stata chiamata a decidere, le formalità prescritte ai fini di prelievi, campionamenti, analisi e accertamenti in genere in materia ambientale, con particolare riferimento ai rifiuti. Chiamati in causa sono gli artt. 220 e 223 delle disposizioni di coordinamento del c.p.p. Il secondo cura le formalità delle attività amministrative di controllo di routine, trattando delle analisi e delle garanzie per il controllato<sup>3</sup>. Il primo, invece<sup>4</sup>, impone la cautela

<sup>3</sup> La norma recita: "Qualora nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti si debbano eseguire analisi di campioni per le quali non è prevista la revisione, a cura dell'organo procedente è dato, anche oralmente, avviso all'interessato del giorno, dell'ora e del luogo dove le analisi verranno effettuate. L'interessato o persona di sua fiducia appositamente designata possono presenziare alle analisi, eventualmente con l'assistenza di un consulente tecnico. A tali persone spettano i poteri previsti dall'art. 230 del co-

di appurare, in fase di accertamento, se siano già emersi o emergano indizi di reato, poiché, da questo evento dipende l'uso formalità di carattere "amministrativo", come quelle descritte dall'art. 223 citato e da altre norme e/o protocolli di varia natura relativi alle operazioni, piuttosto che, obbligatoriamente, seguire le prescrizioni del codice di procedura penale, a pena, come sopra accennato, di inutilizzabilità dei risultati degli accertamenti.

Stabilisce infatti la Corte, richiamando anche precedenti pronunce, che, l'attività di prelievo, campionamento e di analisi ha normalmente natura amministrativa, ma sempre purché sia svolta dagli organi di polizia e di controllo nell'ambito della loro normale attività amministrativa di vigilanza e di ispezione, ossia quando sia diretta soltanto ad accertare la regolarità della attività e non sia ancora emersa nessuna notizia di reato. Tuttavia, proprio perché anche dallo svolgimento di tali verifiche amministrative potrebbero emergere indizi di reato, il legislatore (conformemente alle indicazioni della Corte costituzionale) con l'art. 223 disp. coord. c.p.p. ha previsto alcune garanzie difensive nei riguardi dei soggetti interessati, proprio per l'eventualità che, a seguito delle analisi, emergano nei loro confronti indizi di reato.

Le previsioni e le garanzie di cui all'art. 223 disp. coord. c.p.p., riguardano, dunque, i prelievi e le analisi inerenti l'attività meramente amministrativa, ossia, appunto, alla normale attività di vigilanza e di ispezione.

---

*dice. Se leggi o decreti prevedono la revisione delle analisi e questa sia richiesta dall'interessato, a cura dell'organo incaricato della revisione, almeno tre giorni prima, deve essere dato avviso del giorno, dell'ora e del luogo ove la medesima verrà effettuata all'interessato e al difensore eventualmente nominato. Alle operazioni di revisione l'interessato e il difensore hanno diritto di assistere personalmente, con l'assistenza eventuale di un consulente tecnico. A tali persone spettano i poteri previsti dall'art. 230 del codice. I verbali di analisi non ripetibili e i verbali di revisione di analisi sono raccolti nel fascicolo per il dibattimento, sempre che siano state osservate le disposizioni dei commi 1 e 2".*

<sup>4</sup> "Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice".

Da tale ipotesi bisogna distinguere nettamente, pertanto, le analisi ed i prelievi inerenti non ad una attività amministrativa, bensì ad una attività di polizia giudiziaria nell'ambito di una indagine preliminare, per i quali devono trovare applicazione, invece, le norme dell'art. 220 delle disposizioni di coordinamento del codice di procedura penale, in base al quale, appunto, quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice.

Pertanto, nel caso di attività di polizia giudiziaria svolta nell'ambito di una indagine preliminare, devono operare "le norme di garanzia della difesa previste dal codice di rito, anche laddove emergano indizi di reato nel corso di un'attività amministrativa che in tal caso non può definirsi extra-processum"<sup>5</sup>. In altre parole, l'attività di prelievo e di analisi ha "natura amministrativa... [omissis] ... sempre che essa non venga eseguita su disposizione del magistrato o non esista già un soggetto determinato, indiziabile di reati: solo in tal caso trovano applicazione le garanzie difensive previste dall'art. 220 disp. att. c.p.p., mentre, vertendosi in attività amministrativa, è applicabile l'art. 223 disp. att. cit."<sup>6</sup>

Ma la Corte va oltre. Non si limita, infatti, a riportare precedenti che impongono ossequio alle regole del codice in presenza di indagati, riconoscendo, invece, l'obbligo di rispetto dell'art. 220 disp. coord. c.p.p. ogni qual volta vi siano delle indagini o, anche solo, indizi di un crimine.

Aveva già affermato la Cassazione, infatti, che il presupposto per l'operatività dell'art. 220 disp. att. c.p.p. e, dunque, per il sorgere dell'obbligo di osservare le disposizioni del codice di procedura penale per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire ai fini dell'applicazione della legge

---

<sup>5</sup> Così Cass. Pen., Sez. III, 14.5.2002, n. 23369, Scarpa, n. 221627.

<sup>6</sup> Si veda Cass. Pen., Sez. III, 16.10.1998, n. 12390, Feccchio.

penale, è costituito dalla *“sussistenza della mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall’inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata”*<sup>7</sup>.

Abbastanza scontato, poi, in giurisprudenza, il fatto che, violate le disposizioni del codice di procedura e tutte le garanzie difensive previste dal codice stesso per assicurare le fonti di prova e raccogliere elementi utili alle indagini, i risultati delle analisi in tal modo ottenuti non possano assumere efficacia probatoria e, quindi, essere utilizzati dal giudice<sup>8</sup>.

Nel caso di specie, riguardante l’accertamento della violazione dei divieti in materia rifiuti pericolosi, rinviando il lettore alla premessa della motivazione della sentenza segnalata, è da dire, in primo luogo, che si sarebbe dovuto sicuramente dare ossequio all’art. 220 c.p.p. in quanto è indubbio che un’indagine fosse già in corso. La stessa ordinanza del Tribunale del riesame impugnata in Cassazione ricorda che le indagini preliminari erano iniziate fin dal 2.8.2006 nei confronti di una serie di soggetti in relazione alla attività di una discarica, tanto che nei confronti di detti soggetti, tra i quali i ricorrenti, era stata avviata *“un’intensa attività di intercettazioni telefoniche ... [omissis] ... unitamente ai servizi di riscontro ed alla acquisizione di copiosa documentazione”*.

Risulta, quindi, che, all’epoca dei prelievi, diversi protagonisti della vicenda e del procedimento, al pari di altri concorrenti nel reato ipotizzato, avevano già acquistato la qualità di persone sottoposte alle indagini, tanto da essere soggetti, insieme agli altri, ad intercettazioni telefoniche. I campionamenti cui si fa riferimento, per intenderci, venivano effettuati direttamente, per mezzo dei tecnici dell’Arpa, sul carico di tre camion individuati e raggiunti dai carabinieri sulla scorta delle intercettazioni l’11.12.2006, ad oltre quattro

mesi dall’inizio delle indagini.

Già solo per questo, dunque, la Suprema Corte sarebbe stata pronta ad accogliere il ricorso, dichiarando la inutilizzabilità delle analisi effettuate in violazione delle disposizioni del codice di procedura penale sopra richiamate: sussistevano sicuramente, come afferma la stessa ordinanza impugnata, gli *“indizi di reato”*. *“Le attività di prelievo ed analisi di campioni di rifiuti, eseguite nei confronti di persone già indagate e proprio al fine di assicurare le fonti di prova e raccogliere quant’altro potesse servire per l’applicazione della legge penale”*, motiva la Corte *“costituivano vera e propria attività di polizia giudiziaria svolta nel corso delle indagini preliminari, e non mera attività amministrativa, ed avrebbero pertanto dovuto svolgersi a norma dell’art. 220 disp. att. c.p.p., ossia con l’osservanza delle disposizioni del codice di procedura penale e delle conseguenti procedure e garanzie difensive”*.

In altre parole, la polizia giudiziaria avrebbe dovuto procedere, quindi, al sequestro dei mezzi, darne notizia al pubblico ministero, seguire le procedure di cui all’art. 360 c.p.p., qualora gli accertamenti tecnici fossero non ripetibili, avvisare gli indagati delle proprie facoltà, fra cui quella di nominare un difensore e propri consulenti prima di procedere al prelievo ed all’analisi dei campioni<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Si vedano, oltre al già citato art. 360, anche il 369-bis c.p.p., per cui: *“Al compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere e, comunque, prima dell’invito a presentarsi per rendere l’interrogatorio ai sensi del combinato disposto degli articoli 375, comma 3, e 416, il pubblico ministero, a pena di nullità degli atti successivi, notifica alla persona sottoposta alle indagini la comunicazione della nomina del difensore d’ufficio. La comunicazione di cui al comma 1 deve contenere: a) l’informazione della obbligatorietà della difesa tecnica nel processo penale, con l’indicazione della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini; b) il nominativo del difensore d’ufficio e il suo indirizzo e recapito telefonico; c) l’indicazione della facoltà di nominare un difensore di fiducia con l’avvertimento che, in mancanza, l’indagato sarà assistito da quello nominato d’ufficio; d) l’indicazione dell’obbligo di retribuire il difensore d’ufficio ove non sussistano le condizioni per accedere al beneficio di cui alla lettera e) e l’avvertimento che, in caso di insolvenza, si procederà ad esecuzione forzata; e) l’indicazione delle condizioni per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato”*.

<sup>7</sup> Così, almeno Cass. Pen., Sez. Un., 28.11.2004, n. 45477, Raineri; Cass. Pen., Sez. II, 13.12.2005, n. 2601, Cacace.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 18.11.2008, n. 6881/09, Ceragioli, m. 242523.

D'altra parte, deve ritenersi che, nella specie, il Tribunale del riesame avesse implicitamente ritenuto che si trattava di accertamenti non ripetibili, ossia su elementi e sostanze deteriorabili o soggetti a modificazione.

Non solo.

Nel caso di specie, sono risultate violate, addirittura, le prescrizioni di cui all'art. 223 disp. coord. c.p.p.. Una su tutte, è necessario comunicare tempestivamente all'interessato o agli interessati del giorno dell'ora e del luogo in cui avverrà l'analisi di un campione, 'sì da consentire a questi o a persone di propria fiducia di presenziare, nominare consulenti tecnici e avvalersi di tutte le facoltà che il codice di procedura penale riconosce al consulente tecnico (formulazione di osservazioni, riserve e altre facoltà previste dall'art. 230 c.p.p. richiamato dal 223 citato). Segnala la Corte come, nel caso de quo, fossero stati avvertiti dalle forze dell'ordine, oralmente, gli autotrasportatori dipendenti della ditta addetta al trasporto dei rifiuti, che nessun interesse avevano alle attività di cui erano stati notiziati. Non, dunque, i responsabili della ditta di produzione dei rifiuti detti o, che comunque, detti rifiuti aveva affidato alla ditta di trasporto, né alcun loro dipendente o sottoposto. Non i responsabili della ditta (discarica) cui i rifiuti incriminati erano asseritamente destinati o loro dipendenti.

Si ammette nelle motivazioni dell'ordinanza impugnata, come fosse emerso dalle intercettazioni tanto di attualità oggi, che alcuni degli interessati fossero stati informati degli accertamenti dal titolare della ditta di trasporto delle analisi e avessero deciso, d'accordo con i propri tecnici di non presenziare, convinti che l'avviso e l'invito non fosse rivolto a loro.

Proprio dalle intercettazioni emerge, dunque, tutta l'irritualità della procedura seguita dai Carabinieri con l'ausilio dell'Arpa e i nefasti effetti che ne sono conseguiti: mancano una comunicazione e un invito formali e ufficiali alle attività di analisi; gli interessati, che lo vengono a sapere aliunde dal titolare della ditta di trasporti (a sua volta, peraltro, notiziato indirettamente, tramite i propri dipendenti autotrasportatori), ritengono che dette comu-

nicazioni non siano loro rivolte direttamente e, con piena consapevolezza degli inquirenti che li "ascoltano", decidono di non intervenire perché convinti di non poter partecipare.

Ma v'è ancora di più.

Le analisi svolte violano, a loro volta, le disposizioni e i protocolli in materia. Sul punto, netta la posizione presa dalla Magistratura Superiore che, in tema di prelievo, campionamento ed analisi, afferma come l'assenza del verbale delle operazioni sia causa di inutilizzabilità dei relativi risultati, in quanto rende impossibile per il giudice il controllo sull'attività compiuta dall'organo amministrativo<sup>10</sup>.

Inoltre, ai sensi del punto 2, dell'allegato 3, del d.m. dell'ambiente e della tutela del territorio del 2.8.2005 (recante definizione dei criteri di ammissibilità dei rifiuti in discarica), «*il campionamento dei rifiuti ai fini della loro caratterizzazione chimico-fisica deve essere effettuato in modo tale da ottenere un campione rappresentativo secondo i criteri, le procedure, i metodi e gli standard di cui alla norma UNI 10802 "Rifiuti liquidi, granulari, pastosi e fanghi - Campionamento manuale e preparazione ed analisi degli eluati"*».

Nella specie, pur senza volersi addentrare in una materia che non è di dominio di chi scrive, risulta e dà atto la Suprema Corte che l'ordinanza impugnata non ha motivato sulle ragioni per le quali nella specie sarebbe stato correttamente utilizzato il metodo IRSA-CNR, anziché il metodo UNI 10802 previsto dalla norma tecnica. Senza contare come non certo rappresentativo di una più vasta attività di gestione di rifiuti possa definirsi un campione prelevato dal(l'evidentemente relativamente esiguo) carico di tre camion.

Poiché, per stessa ammissione del Tribunale del riesame solo parte della piattaforma indiziaria è basata sul risultato delle intercettazioni e, dunque, peso determinante hanno avuto gli accertamenti viziati, l'epilogo della vicenda, effetto di quella che non si esagera a qualificare "leggerezza" dell'azione inquirente, è presto descritto: le misure adottate, che si reggevano per buona parte sugli accer-

<sup>10</sup> Sono concetti espressi da Cass. Pen., Sez. III, 31.1.1994, n. 4423, Negrini.

---

tamenti, perdono efficacia; soprattutto, gli  
esiti delle analisi non potranno sostenere

l'accusa in un giudizio nel merito dei reati  
contestati.

«.....GA.....»

# L'INERZIA DEGLI ENTI PREPOSTI ALLA TUTELA DEI VINCOLI TRA DISCIPLINA GENERALE DELLA CONFERENZA DI SERVIZI E PROCEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA

dell'Avv. Livio Lavitola e del Dott. Andrea Di Leo

*Il coinvolgimento degli enti preposti alla tutela di valori paesaggistici, culturali e ambientali nell'ambito dello strumento di semplificazione rappresentato dalla Conferenza di servizi, pone all'attenzione dell'interprete e dell'amministratore locale il problema del valore che l'inerzia ovvero il silenzio di tali amministrazioni ha rispetto alla conclusione del procedimento. In particolare occorre anche considerare le interferenze tra la disciplina "generale" del procedimento amministrativo e quella "speciale" contenuta nel d. lgs. n. 42/2004*

## **1. La disciplina contenuta negli artt. 14 ss della l. n. 241/90.**

Al fine di affrontare il problema oggetto del presente contributo occorre premettere alcuni cenni in ordine alla disciplina applicabile.

L'istituto della conferenza di servizi è regolato dagli artt. 14 e ss. della l. n. 241/90 (come di recente modificata dalla l. n. 69/2009).

L'art. 14 *ter* in particolare è dedicato ai "lavori della conferenza di servizi".

Esso prevede innanzi tutto che "ogni amministrazione convocata partecipa alla conferenza di servizi attraverso un unico rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa" (co. 6) e che "all'esito dei lavori della conferenza, e in ogni caso scaduto il termine di cui al co. 3, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede".

Particolarmente rilevante, ai fini della questione qui esaminata, sono il co. 7 a mente del quale "si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui rappresentante non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata" e, soprattutto, il co. 9 che dispone: "il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva di cui al co. 6-bis sostituisce, a

tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza".

Le disposizioni richiamate da un lato manifestano la doverosità della chiusura della conferenza di servizi entro termini certi (posto che, come noto, l'istituto in esame rappresenta un modulo di semplificazione e razionalizzazione dell'attività amministrativa) e, dall'altro, sono espressione del principio di (leale) collaborazione tra le pubbliche amministrazioni.

Rispetto a tale ultimo profilo, in particolare, trovano spiegazione le discipline del "silenzio" tenuto nel corso della conferenza di servizi (da parte di una PA che vi abbia preso parte) e della "assenza" (di una PA che regolarmente invitata abbia nondimeno deciso di non partecipare alla conferenza di servizi).

Nel primo caso la decisione finale considera l'inerzia come forma di silenzio-assenso, nel secondo la norma (il co. 9 prima citato) prevede che il provvedimento conclusivo sostituisca del tutto l'atto di assenso della PA assente.

Tant'è che, a conferma di tale quadro, il successivo art. 14 *quater*, nel disciplinare gli "effetti del dissenso espresso nella conferenza di servizi" impone, a pena di inammissibilità, che il dissenso "deve essere manifestato nella conferenza di servizi".

Peraltro il successivo co. 3 prevede espres-

samente l'ipotesi in cui tale dissenso sia espresso - sempre nelle modalità di cui al co. 1 - da una "amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità" (in tal caso imponendo particolari oneri procedimentali per la PA procedente, consistenti nell'obbligo di rimettere la questione al Consiglio dei Ministri).

Di talché le PA che abbiano partecipato in maniera "silente" alla conferenza ovvero si siano astenute dal prendervi parte non potranno validamente esprimere il loro dissenso successivamente ed esternamente alla conferenza di servizi.

Oltre a tali disposizioni occorre poi considerare anche le norme specificamente dettate in merito al procedimento di autorizzazione paesaggistica.

**2. "Interferenze" con la disciplina del codice dei beni culturali e paesaggistici:** quali rapporti tra la conferenza di servizi *ex artt.* 14 ss della l. 241/90 e il procedimento di autorizzazione paesaggistica contemplato dall'art. 146 del Codice dei beni culturali e paesaggistici?

Inoltre occorre ricordare la disciplina oggi dettata dall'art. 146 del d. lgs. n. 42/2004 in materia di autorizzazione paesaggistica.

In estrema sintesi una volta che l'ente delegato (la regione) ovvero quello subdelegato ha adottato l'autorizzazione paesaggistica trasmette la stessa alla Soprintendenza.

Questa deve esprimersi entro 45 giorni: in difetto l'Amministrazione competente ha la facoltà di indire una conferenza di servizi, che dovrà pronunciarsi entro il termine di 15 giorni.

In ogni caso, a prescindere quindi dallo svolgimento della suddetta conferenza di servizi, l'amministrazione competente entro 60 giorni (cioè: i 45 gg. + 15 gg.) adotta comunque il provvedimento finale.

Si tratta ora di verificare le possibili interferenze tra il procedimento oggetto della conferenza di servizi promossa da codesta Amministrazione e la disciplina brevemente menzionata, di cui all'art. 146 del d. lgs. n. 42/2004.

Ciò al fine di comprendere se la mancata partecipazione di una Soprintendenza ad una conferenza di servizi avente ad oggetto un progetto per il quale necessiti anche l'autorizzazione paesaggistica valga ad escludere la necessità di una successiva trasmissione della documentazione alla Soprintendenza ai fini del controllo (oggi, si ricorda, ai sensi dell'art. 146 non più di sola legittimità ma anche di merito).

### **3. La posizione della giurisprudenza amministrativa.**

Al fine di prospettare una soluzione alla questione risulta opportuna una ricognizione di alcune significative decisioni del g.a.

In primo luogo esistono delle decisioni che confermano come la mancata partecipazione (ovvero la partecipazione silente) di una p.a. preposta alla tutela di un vincolo precluda a questa di esprimersi successivamente sull'oggetto della conferenza stessa.

Infatti, laddove una Soprintendenza ometta di prender parte ad una Conferenza di servizi alla quale è stata regolarmente convocata, si forma un "implicito assenso tacito", in virtù del citato co. 9 dell'art. 14 *ter* della l. n. 241/90 (così CdS, VI, 13.5.2008 n. 2224, il quale ha ritenuto che per tale via possa essere acquisito anche il nulla osta paesistico di competenza della Soprintendenza; in termini, seppure in fattispecie peculiare, anche CGARS, 9.12.2008, n. 1005, ad avviso del quale la Soprintendenza che esprima un parere al di fuori della Conferenza di servizi regolarmente convocata, "si comporta alla stregua di un'Autorità amministrativa priva di alcun potere in materia").

Altro indirizzo giurisprudenziale, con specifico riferimento alla questione posta nel precedente § 2 giunge quindi ad affermare che la procedura di Conferenza di servizi si pone quale alternativa a quella disciplinata, oggi, dall'art. 146 del d. lgs. n. 42/2004.

Il CdS, sez. II, parere 6.2.2001, n. 2457, seppur con riferimento al previgente quadro normativo, ha affermato, richiamando una statuizione incidentale della Ad. Plen., 14.12.2001, n. 9 circa la partecipazione delle Soprintendenze alle conferenze di servizi, che "risultano configurati con chiarezza i poteri

che il ministero, e per esso le sovrintendenze, può esercitare nell'ambito delle conferenze di servizi nelle quali, tra gli altri, viene coinvolto l'interesse pubblico alla tutela paesistico-ambientale. Con la precisazione che, in ogni caso, nella relativa procedura resta assorbito l'esercizio del potere di riesame e di annullamento ex art. 151 t.u. n. 490/99. Infatti, in caso di dissenso, la determinazione finale e conclusiva, a componimento dei contrastanti interessi in gioco, non importa se adesiva o meno al dissenso manifestato, viene assunta dal Consiglio dei Ministri, in sede di alta amministrazione (art. 14 quater co.3); nel caso invece che il Ministero o la sovrintendenza esprimano il loro assenso al progetto, opera il meccanismo già visto in base al quale il provvedimento finale sostituisce a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato (art. 14 ter co.9). In altre parole, la procedura della conferenza di servizi si pone come alternativa a quella di cui all'art. 151 t.u. n. 490/99”.

Di recente anche il TAR Lombardia, Br., 12.1.2007, n. 13, ha avuto modo di pronunciarsi sulla medesima questione, con una interessante precisazione “in punto di fatto”.

Chiamato a decidere se la mancata espressione del parere della Soprintendenza in una Conferenza di servizi possa precludere alla stessa ogni ulteriore determinazione in merito alla vicenda sulla quale “essa avrebbe dovuto pronunciarsi, in quanto regolarmente invitata dall'autorità che ha indetto la conferenza”, il TAR di Brescia da un lato conferma il principio della alternatività della Conferenza di servizi alla procedura oggi disciplinata dall'art. 146 del d. lgs. n. 42/04, dall'altro lato precisa in quale ipotesi tale principio non è applicabile.

Il giudice amministrativo ha infatti ritenuto che la mancata partecipazione (o la mancata espressione del parere) alla conferenza non ha effetti preclusivi per l'espressione del parere di competenza della Soprintendenza (solo) nell'ipotesi in cui “la conferenza di servizi ha autolimitato gli effetti della convocazione della Soprintendenza per i beni ambientali ed architettonici al solo piano istruttorio, senza coinvolgere le funzioni di amministrazione

attiva ad essa spettanti”.

In concreto tale “autolimitazione degli effetti della convocazione” viene desunta, nella citata decisione, da alcuni elementi ricavabili dagli atti della Conferenza, indici del fatto che la p.a. proponente la conferenza non ha inteso “assorbire” il procedimento di cui all'art. 146, riservandolo ad una successiva fase.

Nella fattispecie il TAR Brescia ha ritenuto che tale “autolimitazione” “risulta inequivocabilmente dal verbale della predetta conferenza di servizi, che nella parte finale prevede che “il presente provvedimento allegato alla copia del progetto dovrà essere inviato alla Soprintendenza beni ambientali per il controllo di legittimità”, dalla lettera di trasmissione del verbale effettuata dall'ente che ha indetto la conferenza alla Soprintendenza, dalla stessa concessione n. 158/2005 in cui il medesimo ente, dopo aver ribadito, nella parte motiva, che “la Soprintendenza potrebbe annullare ..l'autorizzazione paesistica entro 60 giorni dal ricevimento della stessa”, nella parte dispositiva ha precisato che “i lavori potranno iniziare soltanto dopo che la Soprintendenza di Brescia con atto espresso abbia ritenuto di non annullare il decreto ambientale, ovvero dopo la piena conoscenza dell'intestatario del non annullamento dell'autorizzazione paesistica, entro i 60 giorni dal momento della ricezione”.

Conseguentemente, per fornire una risposta all'interrogativo se la chiusura della conferenza di servizi consenta o meno di ritenere perfezionata l'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del d. lgs. n. 42/2004, occorre verificare - in concreto - se negli atti predisposti nel corso della singola Conferenza di servizi siano riscontrabili elementi tali da far ritenere che l'invito a partecipare rivolto alla Soprintendenza non concernesse l'esercizio dei poteri di annullamento ma solo una partecipazione consultiva.

#### 4. Conclusioni.

La disciplina degli artt. 14 ss. della l. n. 241/90 consente la chiusura del procedimento di Conferenza di servizi indetto da una amministrazione, non essendo ostativa a tal fine la mancata partecipazione di una Soprinten-

denza ritualmente convocata.

La mancata partecipazione della Soprintendenza pare consentire di ritenere assorbito il procedimento di cui all'art. 146 del d. lgs. n. 42/04 cosicché, una volta conclusa la conferenza non risulterà necessaria la trasmissione del parere paesaggistico dell'ente delegato

o subdelegato alla Soprintendenza, sempre che “*in concreto*” sussistano gli elementi per far ritenere che la convocazione dell'organo tutore del vincolo fosse stata finalizzata proprio allo svolgimento in conferenza di servizi anche del procedimento di autorizzazione paesaggistica.

«.....GA.....»

## BREVI OSSERVAZIONI SULLA SENTENZA DEL TAR LOMBARDIA - MILANO - N. 15326/2010 IN MATERIA DI RIPARTO DI COMPETENZE TRA AUTORITÀ LOCALE CHE ELABORA IL PIANO O IL PROGRAMMA E L'AUTORITÀ CUI COMPETE LA VALUTAZIONE AMBIENTALE

degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco

*Il presente contributo, attraverso il commento della sentenza del Tar meneghino,, mira a specificare i campi di competenza rispettivamente ascrivibili all'autorità nominata dall'ente locale per l'elaborazione di un piano o di un programma e all'autorità competente in materia di VAS*

L'origine del presente redazionale, scaturisce da una sentenza del TAR Lombardia, di notevole importanza per gli enti locali, laddove distingue tra l'autorità procedente e l'autorità competente nella procedura di VAS.

Nella fattispecie concreta infatti l'amministrazione comunale procedente aveva scelto quale autorità competente per la VAS due soggetti collocati all'interno della stessa amministrazione. Con la conseguenza che il TAR ha ritenuto illegittimi tutti gli atti adottati e relativi al PGT per violazione della disciplina in tema di VAS, confermando contestualmente l'assoluta obbligatorietà circa l'approvazione di piani e programmi ai sensi dell'art. 11 co. 5 codice Ambiente.

In particolare, infatti, con la sentenza citata il Tar della Lombardia ha analizzato e quindi dettato alcuni importanti principi in tema di nomina e composizione degli organi amministrativi deputati alla valutazione ambientale dei piani, denominata anche procedura per la valutazione dei piani e programmi.

E per vero, tracciate alcune importanti premesse in materia di VAS, (richiamando in proposito sia la normativa di derivazione comunitaria che quella nazionale), il Consesso amministrativo ribadisce la centralità della direttiva 2001/42/CE, la quale si propone di garantire all'art. 1 *"un elevato livello di protezione dell'ambiente ... all'atto dell'elaborazione e dell'adozione di piani e di programmi al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile"*.

Vengono poi poste in evidenza dal giudice amministrativo la portata degli artt. contenuti nella seconda parte del codice dell'ambiente (d. lgs. n. 152/2006 così come integra-

to dal d. lgs. n. 4/2008) che dettano una specifica disciplina per la valutazione ambientale di piani e programmi che possono comportare particolari impatti sull'ambiente o sul patrimonio culturale.

Si evidenzia in questo contesto che vengono sottoposti a VAS in sede statale i piani e i programmi la cui approvazione compete ad organi dello Stato, mentre rimangono soggetti a VAS secondo le disposizioni dettate dalle singole regioni, quei piani e programmi la cui approvazione spetta alle regioni e province autonome o agli enti locali.

Con particolare riferimento all'approvazione di piani da parte di enti locali, il legislatore nazionale ha espressamente previsto, diversificandone i rispettivi compiti, un'autorità c.d. competente, definita come *"la pubblica amministrazione cui compete l'adozione del provvedimento di verifica di assoggettabilità, l'elaborazione del parere motivato, nel caso di valutazione di piani e programmi, e l'adozione dei provvedimenti conclusivi in materia di VIA, nel caso di progetti"* (art. 5, lett. p).

Il medesimo legislatore ha altresì previsto un'autorità c.d. procedente, definita come *"la pubblica amministrazione che elabora il piano, programma soggetto alle disposizioni del presente decreto, ovvero nel caso in cui il soggetto che predispose il piano, programma sia un diverso soggetto pubblico o privato, la pubblica amministrazione che recepisce, adotta o approva il piano, programma"* (art. 5, lett. q).

Da tali premesse consegue pertanto una evidente distinzione tra la c.d. autorità competente rispetto quella c.d. procedente, quali titolari della procedura di valutazione am-

bientale adottato dall'ente locale di riferimento.

Da cui discende una importante enunciazione di principio in tema di nomina e di composizione delle due autorità sopra individuate per la procedura di VAS.

In particolare, volendoci uniformare alla decisione adottata in proposito dal Tar, nella scelta dell'autorità c.d. competente, l'autorità c.d. procedente deve individuare soggetti pubblici che offrano idonee garanzie non solo di competenza tecnica e di specializzazione in materia di tutela ambientale, ma anche di imparzialità e di indipendenza rispetto all'autorità procedente, allo scopo di assolvere la funzione di valutazione ambientale nella maniera più obiettiva possibile, senza condizionamenti - anche indiretti - da parte dell'autorità procedente.

Qualora quest'ultima, infatti, individuasse l'autorità competente esclusivamente fra soggetti collocati al proprio interno, legati magari da vincoli di subordinazione gerarchica rispetto agli organi politici o amministrativi di governo dell'amministrazione, il ruolo di verifica ambientale finirebbe per perdere ogni efficacia, risolvendosi in un semplice passaggio burocratico interno, con il rischio tutt'altro che remoto di vanificare la finalità della disciplina sulla VAS e di conseguenza di pregiudicare la corretta applicazione delle norme comunitarie, frustrando così gli scopi perseguiti dalla Comunità Europea con la direttiva sopra citata 2001/42/CE, come quello di salvaguardia e promozione dello "sviluppo sostenibile", espressamente enunciato all'art. 1 della direttiva. Pertanto, conformandosi al suddetto principio, sarà quantomeno opportuno che gli enti locali, con riferimento alla procedura di VAS, garantiscano la necessaria separazione tra autorità competente e quella procedente al fine di mantenere così inalterato un sufficiente grado di autonomia tra le autorità rispettivamente competenti in materia

di ambiente e di sviluppo sostenibile ed energia. A maggior ragione occorre far applicazione del suddetto principio di corretta ripartizione delle competenze e della composizione dei singoli organi laddove, volendoci ispirare alla vicenda di cui si è occupato il Tar con la mentovata sentenza, si è riscontrata la presenza, all'interno dell'autorità competente, di soggetti che rivestano un ruolo di pertinenza del diverso organo procedente, con evidenti commistione e/o sovrapposizione dei due ambiti di pianificazione del territorio e di tutela dell'ambiente.

Oltre al suddetto profilo connotato alla scelta e nomina dei due organi preordinati alla procedura di VAS, la sentenza in esame offre altresì lo spunto per ribadire la competenza normativa in materia di VAS, considerando al riguardo sia la potestà normativa dello Stato che quella delle singole regioni.

Segnatamente, emerge da tale pronuncia un ruolo preminente assegnato gerarchicamente alla normativa comunitaria. In materia infatti, la disciplina legislativa regionale è subordinata alla disciplina comunitaria, con la conseguenza, che l'ente regionale non può derogare ai principi enunciati nella normativa comunitaria, bensì ed anzi dovrà uniformarsi agli stessi.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha già più volte riservato in materia un ruolo di primazia del diritto comunitario rispetto al diritto positivo dei singoli stati membri (e delle stesse regioni).

Gli amministratori che quindi affronteranno tale tematica, dovranno invero necessariamente interpretare il diritto interno alla luce di quello comunitario, garantendo così il primato di quest'ultimo sugli ordinamenti e sulla normazione difforme introdotta dagli stati membri o dalle singole regioni nell'ambito delle loro competenze (cfr. la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. III, 314/2009 richiamata nella sentenza in esame).

## LA PEREQUAZIONE URBANISTICA: FUNZIONE, TIPOLOGIE E STRUMENTI DI ATTUAZIONE

della Dott.ssa Raffaella Vaira

*Il concetto di “perequazione urbanistica”, seppur ancora privo di definizione legislativa, sembra oggi orientare la maggior parte delle scelte pianificatorie dei comuni italiani, preordinati a superare i problemi creati dall’applicazione delle tradizionali modalità di gestione del territorio. Attraverso l’istituto del c.d. comparto, la perequazione urbanistica può trovare attuazione, risultando, tuttavia, necessario precisarne le modalità e le tipologie anche alla luce delle recenti pronunce del giudice amministrativo*

La perequazione urbanistica, concetto ormai diffuso nel linguaggio della pianificazione territoriale, identifica l’istituto (*rectius* una tendenza) introdotto, durante gli anni ‘90, negli strumenti urbanistici di alcuni comuni<sup>1</sup>, in assenza di relative previsioni normative ed al fine di realizzare un’equa distribuzione dei vantaggi e dei costi prodotti dalla pianificazione urbanistica<sup>2</sup>.

Ormai prevista in numerose leggi regionali<sup>3</sup>, la perequazione urbanistica si pone, nella specie, quale strumento di gestione del territorio finalizzato a superare le tecniche di pianificazione tradizionale e le ragioni della loro inadeguatezza, come il sistema dei piani a cascata, la moltitudine dei soggetti di pianificazione e, soprattutto, l’indifferenza al problema della disparità di trattamento della proprietà.

Proprio al fine di superare quest’ultimo problema, lo strumento perequativo è preordinato ad attribuire un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio, prescindendo dal-

<sup>1</sup> Il riferimento è ai piani regolatori generali dei comuni di Casalecchio di Reno del 1992, Reggio Emilia del 1994, Ravenna e Torino del 1995; Parma e Piacenza del 1998.

<sup>2</sup> Cfr. C. PINAMONTI, *La perequazione urbanistica: profili giuridici*, Trento, 2000, 11 ss.

<sup>3</sup> L’istituto ha trovato il suo primo riferimento normativo nella l. r. Basilicata n. 23/1999, alla quale sono seguite la l.r. Emilia Romagna n. 20/2000, la l.r. Puglia n. 20/2001, la l.r. Calabria n. 19/2002, la l.r. Veneto n. 11/2004. In dottrina cfr. V. COLONNA, *Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell’ultimo decennio*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, III, 63 ss.

l’effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulla proprietà e dalla imposizione di vincoli d’inedificabilità per la dotazione di spazi da riservare alle opere collettive<sup>4</sup>.

In tal modo, i proprietari delle aree partecipano, indistintamente e in egual misura, alla distribuzione dei valori e degli oneri derivanti dalla pianificazione ai fini della trasformazione, consentendo alle amministrazioni la disposizione di un cospicuo patrimonio fondiario pubblico, senza dover ricorrere allo strumento dell’esproprio<sup>5</sup>.

Attraverso la tecnica perequativa, viene, infatti, da un lato, superata la discriminazione tra le aree in cui è tradizionalmente diviso il territorio, e, dall’altro lato, garantito, all’amministrazione comunale di riferimento, il conseguimento, in maniera gratuita, di aree pubbliche per servizi, in un’ottica di generale integrazione di funzioni edificatorie, che consentono la coesistenza, nei medesimi spazi, di diverse forme di utilizzazione del territorio

<sup>4</sup> In dottrina, *ex multis*, P. URBANI, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 587 ss., A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evolutiva dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, II, 3 ss., A. CROSETTI, *Evoluzione del regime d’uso dei suoli e nuovi strumenti di perequazione urbanistica*, in *Quad. reg.*, 2004, 547 ss., S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005; L. CASINI, *L’equilibrio degli interessi del governo del territorio*, Milano, 2005, 134 ss.; L. CASELLA, *La perequazione urbanistica: nuovi scenari della pianificazione territoriale italiana*, in *Rass. Avv. Stato*, 2009, 345 ss.

<sup>5</sup> Cfr. P. URBANI, *Problemi giuridici della perequazione*, in AA. VV. (a cura di INU Marche), *Perequazione urbanistica e nuovi scenari legislativi*, Ascoli Piceno, 2002, 2 ss.

con l'obiettivo di superare il rigido principio della divisione in zone monofunzionali.

Appare, in tal modo, evidente come la perequazione urbanistica consideri, quale obiettivo principale, il superamento della tradizionale e rigida tecnica della zonizzazione del territorio, prevista dalla legge urbanistica fondamentale ma - spesso - realizzata in maniera distorta dalle amministrazioni comunali in sede di redazione dei piani regolatori generali.

La l. n. 1150 del 1942, infatti, sin dalla sua formulazione originaria, indica, all'art. 7, tra i contenuti del piano regolatore generale, la *"divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona"*, dovendo, nell'ambito di tali zone, indicare le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico e quelle per opere ed impianti di uso collettivo.

La legge urbanistica fondamentale, tuttavia, non ha mai contenuto alcun riferimento alla specializzazione funzionale delle zone ed al loro collegamento con gli indici di fabbricabilità, limitandosi a stabilire l'obbligatoria distinzione tra aggregato urbano ed aree di espansione<sup>6</sup>.

Ciò ha comportato, per la maggior parte dei casi, un'attuazione rigida della tecnica della zonizzazione che ha impedito un armonico dialogo ed un reale collegamento funzionale tra le aree in cui risultava diviso il territorio.

La tecnica della zonizzazione, tuttavia, continua ad essere considerata un punto fermo per la giurisprudenza, che la identifica come contenuto ineludibile del piano regolatore, costituendo la suddivisione in zone del territorio pianificato l'elemento fondamentale di ogni piano regolatore generale.

L'ancoraggio normativo di tale affermazione viene identificato con *"il chiaro disposto" dell'art. 7, n. 2, l. n. 1150 del 1942, confermato da una prassi legislativa che non ha mai rimesso "al libero dispiegarsi di una*

*seppure innovativa pianificazione la possibilità di superare i vincoli emergenti dalla ricognizione di zone omogenee dalle quali non può sotto alcun profilo derogarsi"*<sup>7</sup>.

Al fine di ridurre le gravi disparità di trattamento tra i vari proprietari di aree create dai piani regolatori generali, il legislatore statale è intervenuto in più occasioni senza, tuttavia, riuscire a risolvere completamente il problema.

Il riferimento, oltre che alla fallita *"riforma Sullo"* del 1962, che, in maniera forse eccessivamente semplicistica, pretendeva di superare le disparità di trattamento attraverso il ricorso all'esproprio generalizzato da parte del comune di tutte le aree destinate a trasformazioni urbane<sup>8</sup>, è all'introduzione della lottizzazione convenzionata, prevista già nella l. n. 1150 del 1942 e, poi, modificata dalla l. n. 765 del 1967 (c.d. legge ponte).

Nell'ambito di tale ultima disposizione i lottizzanti devono prevedere, nella convenzione stessa, la cessione delle aree per opere di urbanizzazione primaria e in parte di quella secondaria, nonché il pagamento dei relativi oneri e la partecipazione ai costi e ai profitti in base alla quota posseduta da ciascuno.

Al di fuori del contesto della legislazione statale, è evidente il cambiamento del clima culturale e politico che ha investito la pianificazione urbanistica: dalla intenzione di assicurare il risultato alle scelte pianificatorie, in luogo della sola fissazione di prescrizioni urbane, attraverso la creazione di un piano regolatore generale più flessibile sdoppiato in strutturale e piano operativo/programmatico alla marginalizzazione dell'istituto espropriativo, troppo lento, oneroso e conflittuale; dalla crescente valorizzazione del ruolo del privato come soggetto attivo nelle scelte pianificatorie, che ha portato ad un progressivo passaggio da un'urbanistica per provvedimenti ad una consensuale che opera per mez-

<sup>7</sup> TAR Lombardia, Br, 20.9.2001, n. 1000.

<sup>8</sup> Disegno di legge presentato nel 1962 dal ministro Fiorenzo Sullo che riprendeva la linea già proposta nel 1960 dall'INU (Istituto Nazionale Urbanistica) nel corso del suo VIII congresso. *"Il progetto, osteggiato dalle forze conservatrici, venne modificato e successivamente ripresentato in forme più miti per essere poi definitivamente ritirato dallo stesso Governo di centro-sinistra di cui era figlio"*.

<sup>6</sup> C. PINAMONTI, *La perequazione urbanistica*, cit., 24.

zo degli accordi, alla tendenza ad abbandonare il sistema classico dello *zoning*, di suddivisione del territorio per zone monofunzionali, per far posto a logiche di giustizia distributiva, finalizzata ad attenuare le forti discriminazioni e disuguaglianze tra proprietari fondiari.

Se tale obiettivo si identifica con l'essenza della perequazione urbanistica, quali sono gli strumenti concreti con i quali essa può realizzarsi?

L'attribuzione di un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà oggetto di trasformazione territoriale, che prescindendo dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulla proprietà e dalla imposizione di vincoli d'inedificabilità per la dotazione di spazi da riservare alle opere collettive, viene operata, nell'ambito della parte programmatico-operativa della pianificazione generale, attraverso la comprensione dei singoli lotti in ambiti spaziali più ampi, c.d. comparti.

Ai comparti viene, da un lato, assegnata una capacità edificatoria complessiva, sotto forma di indice territoriale, che copre, indistintamente, tanto le aree destinate a usi privati quanto quelle destinate ad usi pubblici e, dall'altro lato, viene imposto un onere di cessione gratuita delle aree necessarie per le attrezzature pubbliche e per le infrastrutture.

L'istituto del comparto è previsto, quale modalità attuativa del piano regolatore, dall'art. 23 della l. n. 1150 del 1942, che, al co. 1, abilita il comune *“in sede di approvazione del piano regolatore particolareggiato o successivamente, nei modi che saranno stabiliti nel regolamento, ma sempre entro il termine di durata del piano stesso, alla formazione di comparti costituenti unità fabbricabili, comprendendo aree inedificate e costruzioni da trasformare secondo speciali prescrizioni”*.

Al co. successivo si precisa che, una volta formato il comparto, il Sindaco deve invitare i proprietari a dichiarare entro un termine fissato nell'atto di notifica, se intendano procedere da soli, se proprietari dell'intero comparto, o riuniti in consorzio, all'edificazione dell'area e alle trasformazioni degli immobili in esso compresi secondo le dette prescrizioni.

Alla luce di tale previsione legislativa, la giurisprudenza considera, ormai da tempo, lo strumento del comparto ascrivibile alla c.d. urbanistica perequativa, con la quale, nella sostanza, si riconosce a tutti i terreni, chiamati ad usi urbani, un diritto edificatorio la cui entità sia indifferente alla destinazione d'uso.

Riconoscendo a tutti i terreni chiamati ad usi urbani un diritto edificatorio, il comparto assume quale sua finalità precipua, la redistribuzione, in maniera equilibrata, dei vantaggi economici della edificabilità impressa alle aree dotate di eguale potenzialità edificatoria, compatibile con i valori del nostro ordinamento<sup>9</sup>.

Nella pratica, l'istituto del comparto rimette l'attuazione degli interventi ai proprietari, che si riuniscono in consorzio e consensualmente cedono le aree per servizi e realizzano le opere di urbanizzazione, provvedendo, in caso di necessità a spostare le proprie volumetrie virtuali sulle aree edificabili.

I proprietari delle aree comprese nel comparto hanno, infatti, l'obbligo, pena l'esproprio del lotto e l'indizione di una gara tra gli espropriati per la sua aggiudicazione, di riunirsi in consorzio e di procedere alle trasformazioni previste dal piano, comprese le opere pubbliche, con le modalità da essi concordate e quindi ripartendosi oneri e vantaggi<sup>10</sup>.

Ne consegue un concetto di *“zona”* di ampio respiro, che tende a ripartire tra i proprietari vantaggi e svantaggi, garantendo la parità di trattamento tra gli stessi attraverso un'equa distribuzione dei diritti edificatori, correlata ad una effettiva integrazione delle funzioni edificatorie, che favorisce la coesistenza, nei medesimi spazi, di diverse forme di utilizzazione del territorio (c.d. zone miste da un punto di vista funzionale)<sup>11</sup>.

Come rilevato dalla giurisprudenza, il comparto si pone l'obiettivo di evitare che il beneficio collettivo derivante dalla pianificazione, venga sopportato solamente da alcuni

<sup>9</sup> Cfr., *ex multis*, TAR E.R., Bo, I, 14.01. 1999, n. 22; Id., 19.12.2001, n. 1286; TAR. Campania, Sa, I, 5.7.2002, n. 670; Id., 7.08. 2003, n. 844; TAR. Abruzzo, PE, 1.7. 2004, n. 641.

<sup>10</sup> Art. 23, co. 3, l. n. 1150/1942.

<sup>11</sup> Cfr. P. URBANI, *Concertazione e perequazione urbanistica*, in [www.pausania.it](http://www.pausania.it).

dei proprietari degli immobili, mentre altri, in analoga condizione di fatto e di diritto al momento di approvazione dello strumento urbanistico generale, beneficiano, direttamente e indirettamente, solo di consistenti utilità economiche.

E' opportuno precisare che risulta totalmente estranea agli obiettivi della perequazione, ogni finalità, per la quale - peraltro - difetterebbe ogni fondamento normativo e costituzionale, di redistribuzione della ricchezza fondiaria tra i vari proprietari di aree comprese nel comparto, con lo scopo di pervenire ad una distribuzione egualitaria dei benefici economici derivanti dalla pianificazione, indipendentemente dalla consistenza e dall'estensione delle aree dei singoli proprietari<sup>12</sup>.

In conformità alla tecnica della perequazione urbanistica, nonché ai principi costituzionali in materia di tutela della proprietà privata, il comparto consente di distribuire i benefici e gli oneri derivanti dalla pianificazione in modo rigidamente proporzionale alla consistenza ed all'estensione delle singole proprietà<sup>13</sup>.

All'interno del comparto, quindi, la collocazione spaziale delle aree pubbliche (e, in quanto tali, inedificabili) diviene indifferente, dal momento che con successivi atti di natura privatistica (permuta e/o cessioni di volumetria) la volumetria edificatoria di tutti i lotti, compresi quelli per usi pubblici da cedere, viene aggregata entro aree di concentrazione, consentendo a tutti i proprietari di beneficiare della loro quota di potenzialità volumetrica, complessivamente assegnata al comparto sotto forma di indice territoriale.

È attraverso questo sistema che è consentito, ai privati, proprietari di fondi rientranti in un comparto perequativo, di partecipare, indistintamente in egual misura, alla distribuzione dei valori e degli oneri derivanti dalla pianificazione ai fini della trasformazione e, alle amministrazioni comunali, di acquisire, senza costi, i suoli necessari alla collettività con l'accordo della proprietà, alla quale viene comunque riconosciuta una quota di rendita

fondiaria.

Nella specie, la perequazione si distingue in due tipologie.

Considerata l'impossibilità di realizzare una perequazione di tipo generalizzato, ossia applicabile su tutto il territorio di un dato comune, le logiche di giustizia distributiva trovano concreta espressione attraverso l'applicazione del principio perequativo a tutte le aree oggetto di trasformazione urbanistica (c.d. perequazione pervasiva).

Tali aree risultano comprensive sia di una parte destinata all'edificazione privata che di una parte per usi pubblici, con esclusione, invece, di altre aree, come quelle del centro edificato, di consolidamento, oppure confermate alla funzione agricola, non beneficiarie, in quanto tali, di alcuna rendita in esito delle scelte urbanistiche.

Come emerge dagli "esperimenti" di pianificazione perequativa sino ad ora effettuati (piani regolatori di Reggio Emilia, Parma, Piacenza, Cesena, Torino, Padova, La Spezia, Vigevano, ecc.), i principi della perequazione trovano applicazione soltanto alle zone destinate alla trasformazione urbana, destinate, cioè, ad una utilizzazione non conforme alla vocazione naturale originaria o acquisita all'esito di un precedente processo di urbanizzazione, come l'urbanizzazione di aree agricole o la riconversione di aree industriali dismesse.

La seconda strategia perequativa, invece, assume ad oggetto soltanto una quota delle aree di trasformazione urbanistica (c.d. perequazione parziale), confermando, per le rimanenti aree, l'applicazione del tradizionale regime della divisione del territorio per zone a la contestuale apposizione di vincoli, comportanti successiva espropriazione per pubblica utilità.

Nella pratica, le singole amministrazioni optano per le tecniche di perequazione c.d. pervasiva o generalizzata nei casi in cui intendono dare priorità all'eguale trattamento della proprietà immobiliare, mentre scelgono gli strumenti di perequazione c.d. parziale quando considerano non prioritario l'obiettivo della perequazione, ritenendo opportuno disporre di una molteplicità di strumenti per dare attuazione allo strumento urbanistico in

<sup>12</sup> Cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, Br. 20.10.2005, n. 1043.

<sup>13</sup> TAR Lombardia, Br. 20.10.2005, n. 1043, cit.

contesti differenti. Per un esempio calzante si pensi all'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio, seguita dalla tradizionale procedura ablatoria, che viene spesso preferita alla perequazione nei casi di realizzazione di infrastrutture.

Come recentemente evidenziato dal Tar Puglia, la c.d. perequazione parziale evidenzia come la pianificazione perequativa non sia totalmente incompatibile con il c.d. zoning, anche perché l'art. 7 della l. 1150/42 individua quello che deve considerarsi il contenuto essenziale del piano regolatore generale, inteso quale contenuto minimo.

Ne consegue che il piano urbanistico fondamentale, oltre che ad individuare le tradizionali zone omogenee di cui al d.m. n. 1444 del 1968, può delimitare, all'esterno o all'interno di esse, a guisa di sottozona, anche altre zone nelle quali si faccia spazio alla applicazione dei principi della perequazione<sup>14</sup>.

È, tuttavia, doveroso precisare che l'ambito di applicazione dello strumento perequativo, nella pratica, risulta necessariamente confinato nelle aree territoriali destinate alla trasformazione urbana, dal momento che l'individuazione di un comparto perequato nell'ambito di un contesto già edificato, caratterizzato da aree libere, rischierebbe di trasformarsi nella celata ma sostanziale imposizione di nuovi vincoli.

In tali ipotesi, paradossalmente, la superficie di comparto sarebbe di fatto vincolata alla superficie delle aree rimaste libere all'interno del contesto edificato, dovendo, al contempo, assumere dimensioni tali da poter soddisfare anche i bisogni delle aree già edificate in precedenza.

In tale contesto, il giudice amministrativo pugliese ha ritenuto opportuno operare una distinzione tra "*comparto edificatorio*" e "*comparto perequativo*", delimitandone funzione e ambito di competenza.

Per quanto riguarda, il c.d. comparto edificatorio, indiscutibilmente in grado di dare attuazione ai principi perequativi, si considera difficile poter ritenere che esso sia stato concepito dal legislatore del 1942, con la formulazione del citato art. 23 della l. n. 1150 per

adempiere a tale scopo, essendo stato, invece, introdotto al fine di assicurare l'attuazione dello strumento urbanistico "*mercé l'accordo dei privati proprietari o, in difetto, l'esproprio da parte del comune e la riassegnazione dell'area espropriata a terzi*"<sup>15</sup>.

Il comparto edificatorio ex art. 23 della legge urbanistica fondamentale, infatti, si identifica con una "*porzione di territorio nell'ambito della quale l'edificazione deve avvenire in modo compatto, non frammentato*", che, in quanto tale, non può prescindere dal consenso di tutti i proprietari, i quali sono, pertanto, tenuti a sottoscrivere accordi preliminari ovvero a riunirsi in consorzio.

La peculiarità dell'istituto sta però nel fatto che al comune viene attribuita la facoltà, in mancanza di tale accordo, di espropriare le aree interne al comparto, sussistendo una pubblica utilità a dare attuazione al piano.

In ogni caso, l'istituto non prevede un regime particolare della proprietà privata, tanto che l'edificazione deve passare attraverso la sottoscrizione di accordi preliminari o la costituzione di un consorzio per la realizzazione delle opere.

Il comparto edificatorio, quindi, è stato concepito dal legislatore del 1942 quale strumento per garantire l'attuazione dello strumento urbanistico generale e di quello particolare, quantomeno nelle parti ritenute di maggiore importanza strategica, con contestuale obbligo di esproprio e la assegnazione a terzi, previa procedura ad evidenza pubblica, delle aree comprese nel comparto, in difetto di attuazione spontanea da parte dei proprietari.

Appare, infatti, opportuno precisare che seppur l'art. 23 della l. n. 1150/1942, limitatamente alle disposizioni riguardanti l'espropriazione, sia stato abrogato dall'art. 58 del d.P.R. 327/2001 (c.d. T.U. sulle espropriazioni), lo stesso testo normativo, all'art. 7, prevede espressamente la facoltà dei comuni di espropriare gli immobili necessari per delimitare le aree fabbricabili e per attuare il piano regolatore, nel caso di mancato accordo tra i proprietari del comprensorio, nonché le aree inedificate e le costruzioni da trasforma-

<sup>14</sup> TAR Puglia, Ba, II, 20.5. 2010, n. 1961.

<sup>15</sup> TAR Puglia, Ba, II, 20.05. 2010, n. 1961, cit.

re secondo speciali prescrizioni, quando decorre inutilmente il termine, non inferiore a novanta giorni, fissato nell'atto determinativo della formazione del consorzio, notificato ai proprietari interessati.

L'istituto del comparto edificatorio, quindi, trova oggi ulteriore ancoraggio normativo nel testo unico sulle espropriazioni, il quale ribadisce la possibilità di espropriarne le aree laddove i proprietari di esse non si accordino al fine di dare esecuzioni alle previsioni di attuazione.

In entrambi i casi, comunque, viene in considerazione la necessità di dare attuazione allo strumento urbanistico ovvero a "*speciali prescrizioni*", che meglio si attagliano a previsioni di dettaglio: il comparto si conferma, dunque, anche nella legislazione nazionale più recente, come strumento di natura attuativa o, comunque, finalizzato ad assicurare l'esecuzione dei piani esecutivi.

Per quanto concerne, invece, il concetto di "*comparto perequativo*", esso, nella prassi si distingue dal "comparto edificatorio" perché svincolato dai limiti di quest'ultimo, prescindendo totalmente, nella fase di formazione, dalla iniziativa pubblica.

Nella specie, il comparto perequativo deve ritenersi concepito quale istituto finalizzato a valorizzare il partenariato tra pubblico e privato, non assumendo, al suo interno, rilevanza fondamentale i confini: l'amministrazione, infatti, predispone, spesso attraverso le c.d. "*schede progetto*", un progetto unitario i cui confini ed il cui contenuto possono essere modificati da diverse soluzioni progettuali della proprietà, al fine di facilitare l'accordo tra i proprietari.

L'esperienza pratica conosce, in particolare, due tipi di "*comparti perequativi*": continuo e discontinuo.

Mentre i comparti di tipo "*continuo*", delimitano un determinato settore del territorio, nel quale sorgono i diritti edificatori e nel quale soltanto essi vengono utilizzati, quelli di tipo "*discontinuo*", consentono che i relativi diritti edificatori vengano trasferiti e sfruttati su aree diverse da quelle incluse nel perimetro d'origine.

È proprio questa flessibilità dei confini associata alla possibilità di aggregare, ideal-

mente, aree tra loro distanti mercé la dislocazione dei diritti edificatori, che rende l'istituto del comparto perequativo profondamente diverso dal comparto edificatorio, al punto da farlo ritenere rientrante nell'ambito della programmazione integrata, pur riconoscendosi la loro natura di piani attuativi.

Il c.d. "*comparto perequativo*" costituisce, quindi, uno dei modi attraverso i quali è stato dato ingresso, nella pianificazione territoriale, ai principi della perequazione urbanistica, in ossequio ai quali l'attività di pianificazione del territorio dovrebbe tendere ad un equilibrio nel valore di mercato dei fondi di proprietà finale, sia allo scopo di evitare trattamenti discriminatori nei confronti dei vari proprietari, sia allo scopo di favorire le condizioni per far acquisire alla mano pubblica i fondi necessari a dare corso alle opere di urbanizzazione.

Gli obiettivi della perequazione urbanistica, tuttavia, lungi dal rappresentare in sé la riforma urbanistica o il nuovo regime dei suoli, costituiscono un dispositivo gestionale recepito da molte leggi regionali di nuova generazione, il cui ruolo nei processi di costruzione delle città non deve essere sovrastimato rispetto alle sue effettive potenzialità.

Essi, infatti, devono fare i conti con una legislazione nazionale alla quale, ancora oggi, la perequazione urbanistica è sconosciuta e con una legislazione regionale che è per lo più ancora lacunosa.

In altri termini, la portata pratica degli istituti di perequazione sugli strumenti di pianificazione territoriale, è subordinata al contestuale impiego di ulteriori strumenti attuativi, che risultino idonei alla soluzione dei singoli casi da affrontare.

Nella prassi, infatti, le più significative esperienze di perequazione hanno beneficiato del simultaneo impiego di più strumenti di negoziazione pubblico-privato, quali il programma integrato, la costituzione di società di trasformazione urbana o il *project financing*, nonché della necessaria gestione, da parte delle amministrazioni comunali, dei processi attuativi di piani nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza, trasparenza e concorrenza, che consentono la realizzazione del giusto temperamento degli obiettivi pubblici con



---

le esigenze dei privati, al fine del persegui- | mento dell'interesse generale.

«.....GA.....»

## DOVERE DI RIMUOVERE IL SINDACO CHE RESTA INERTE NELLA GESTIONE DELL'EMERGENZA RIFIUTI. OPINIONI CONTRASTANTI NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

della Dott.ssa Valeria Coppola

*Aspetti procedurali, inquadramento del potere e questioni di competenza alla luce della sentenza del TAR Lazio TAR Lazio, Sez. I, 17.3.2010, n. 4196 in materia di rimozione del rappresentante dell'Ente Locale.*

Ai sensi dell'art. 141, co. 1, del d. lgs. n. 267 del 2000, lo scioglimento del consiglio comunale è disposto con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno; pertanto, essendo la rimozione dalla carica di sindaco e lo scioglimento del consiglio comunale due aspetti inscindibili del medesimo procedimento, atteso che al primo consegue inevitabilmente il secondo, così come disposto dall'art. 141, co. 1, lett b), punto 1) TUEL, anche il provvedimento di rimozione del rappresentante dell'ente locale appartiene alla competenza del Capo dello Stato.

La rimozione dalla carica di sindaco e lo scioglimento del consiglio comunale sono due aspetti inscindibili del medesimo procedimento, atteso che al primo consegue inevitabilmente il secondo, così come disposto dall'art. 141, co. 1, lett b), punto 1) TUEL; pertanto la decisione di adottare un unico provvedimento risulta operazione conforme a criteri di ragionevolezza e di economicità dell'azione amministrativa, rispetto all'artificiosa scissione in due statuizioni contestuali.

Le disposizioni degli artt. 141 e 142 TUEL, le quali consentono al Governo di intervenire sugli organi degli enti locali quando ricorrano gravi e persistenti violazioni di legge, risultano compatibili con il sistema complessivo di equiordinazione degli enti locali con lo Stato e le regioni, nonostante la maggiore autonomia attribuita dal nuovo art. 114 cost. agli stessi enti.

Il vigente ordinamento costituzionale con-

templa due forme di ingerenza statale nell'autonomia delle amministrazioni locali: quella di natura sostitutiva di cui all'art. 120 cost., che fa fronte ad esigenze oggettive da perseguire con un intervento surrogatorio, e quella, riferibile sotto il profilo sistematico agli artt. 126 e 117, co. 2, lett. p) cost., che è espressione di un potere di controllo sugli organi e presuppone la sussistenza di violazioni da sanzionare, in vista del soddisfacimento di un rilevante interesse nazionale; pertanto, la rimozione degli amministratori degli enti locali, per atti e comportamenti contrari alla costituzione, per gravi e persistenti violazioni di legge o per gravi motivi di ordine pubblico, è espressione di una norma di chiusura del sistema di controllo sugli organi degli enti medesimi, e si rispecchia nel disposto del predetto co. 1 *bis* dell'art. 142 TUEL, che prevede le misure ordinarie volte a far fronte ai gravissimi problemi di smaltimento dei rifiuti ed ha natura sanzionatoria, costituendo così l'*extrema ratio* per il ripristino della legalità violata in relazione al perseguimento di un interesse fondamentale dello Stato connesso alla salute della comunità.

La rimozione degli amministratori degli enti locali, essendo una misura di controllo sugli organi, ha natura schiettamente sanzionatoria, richiedendo la stessa oltre la congruenza tra l'atto adottato ed i presupposti assunti a sua giustificazione, la violazione grave ed imputabile al rimosso, nonché il rispetto dei profili formali del procedimento amministrativo; pertanto, deve escludersi che la rimozione di cui all'art. 142, co. 1 *bis*, TUEL

possa essere correlata ad una responsabilità oggettiva del vertice dell'ente territoriale.

Il co. 1 dell'art. 142 TUEL - al contrario del co. 1 *bis* della predetta norma, che individua inosservanze ben determinate - collega la rimozione dalla carica di amministratore dell'ente locale a fattispecie generiche ed indeterminate, quali il compimento di atti contrari alla Costituzione, per gravi e persistenti violazioni di legge o per gravi motivi di ordine pubblico; pertanto, detta disposizione, essendo una norma di chiusura del sistema di controllo degli organi degli enti locali, non può contenere una casistica minuziosa e tassativa delle fattispecie rilevanti, che, oltre ad essere impossibile, vanificherebbe anche la sua stessa efficacia.

La rimozione degli amministratori dell'ente locale *ex art.* 142 TUEL, come tutte le fattispecie di natura sanzionatoria, necessita di una adeguata istruttoria da parte dell'autorità procedente, volta all'accertamento dell'inadempimento e dell'avvio di un confronto procedimentale con l'interessato, mediante una formale ed esauriente contestazione dell'addebito, oltre all'assegnazione all'ente interessato di un congruo termine perentorio per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; pertanto, l'accertamento della condotta dell'amministratore, sia preventivo che successivo alla contestazione formale ed al decorso del termine per provvedere, è più rigoroso, risultando l'esigenza della comminatoria della sanzione recessiva rispetto al ripristino delle condizioni di legalità del servizio di smaltimento rifiuti, che, quindi, è il vero bene protetto dalla norma.

Così si è espressa la Prima Sezione del TAR Lazio che affronta, il tema della rimozione dalla carica di Sindaco per atti e comportamenti contrari alla Costituzione, per gravi e persistenti violazioni di legge o per gravi motivi di ordine pubblico.

La questione trae origine dalla vicenda di un Sindaco che era stato rimosso dal suo incarico con decreto del Presidente della Repubblica, a cui seguiva lo scioglimento del consiglio comunale.

La rimozione era fondata sulla grave e reiterata inerzia del primo cittadino il quale, nonostante numerose diffide da parte del Sotto-

segretario di Stato della Presidenza del Consiglio dei Ministri delegato alla gestione dell'emergenza rifiuti, che lo accusavano di abbandono di spazzatura su aree private, aveva disatteso i doveri *ex art.* 192, co. 3, d. lgs. n. 152/2006 (T.U. Ambiente).

Tale norma mira a prevenire l'abbandono e il deposito incontrollato di rifiuti sul suolo nonché l'immissione di scorie di qualsiasi genere, statuendo che il trasgressore è tenuto a procedere alla rimozione e allo smaltimento degli stessi ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area.

In tal senso, il rappresentante del comune dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate.

Dunque, l'art. 192 cit., che è norma speciale sopravvenuta rispetto all'art. 107, co. 5, TUEL, attribuisce espressamente al Sindaco, quale *primus inter pares*, la competenza a disporre con ordinanza le operazioni necessarie alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti, prevalendo per il criterio della specialità e quello cronologico sul disposto dell'art. 107 cit. (*ex multis* CdS, Sez. V 25.8.2008, n. 4061; TAR Veneto, III 14.1.2009, n. 40).

Nel caso di specie, non avendo il Sindaco adottato le misure necessarie a contrastare il fenomeno dell'abbandono illecito dei rifiuti, il Presidente della Repubblica adottava la misura repressiva *de qua* - in applicazione degli artt. 141, co. 1, lett. b) n. 1 e 142, co. 1 *bis* del d. lgs. n. 267/2000; il Sindaco ricorreva in giudizio avverso tale provvedimento ritenendo, in primis, la sua illegittimità, in quanto emanato da un organo incompetente, quale il Presidente della Repubblica, anziché dal Ministro dell'interno, come stabilito dall'art. 142, co. 1 *bis*; *in secundis*, poiché non vi erano elementi per dar luogo all'imputazione della responsabilità per aver disatteso la disciplina in ordine al fondamentale obbligo di rimozione dei rifiuti di cui al predetto art. 192.

La sentenza del Tar laziale è obiettivamente ricca di spunti di interesse.

Due gli aspetti della decisione su cui ci si vuole soffermare: un accenno all'inquadramento del potere del Capo dello Stato di scioglimento del consiglio comunale e di rimozione degli organi di vertice degli enti locali; e i principi e i presupposti sui quali si deve basare la rimozione dalla carica del vertice dell'amministrazione locale.

La pronuncia in commento ha stabilito che la rimozione degli amministratori degli enti locali, per atti e comportamenti contrari alla Costituzione, per gravi e persistenti violazioni di legge o per gravi motivi di ordine pubblico, è espressione di una norma di chiusura del sistema di controllo sugli organi degli enti stessi. Ciò vale anche in relazione all'ipotesi di cui al co. 1 *bis* dell'art. 142 cit., introdotto in sede di decretazione d'urgenza, nell'ambito delle misure sanzionatorie volte a far fronte ai gravissimi problemi di smaltimento dei rifiuti. Difatti, nel periodo in cui in alcune province della Campania si palesava il deplorabile fenomeno dell'emergenza rifiuti, il Governo ha tentato di far fronte a questa grave situazione dettando delle regole generali. E' stato così emanato il d.l. 16.11.2008, n. 172 conv. nella l. 30.12.2008, n. 210, recante, per l'appunto, *"Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza del settore dello smaltimento rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale"*.

Per chiarezza espositiva è opportuno richiamare testualmente l'art. 142, co. 1 *bis* cit., il quale recita: *"nei territori in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti dichiarato ai sensi della l. 24.2.1992, n. 225, (...) in caso di grave inosservanza di specifici obblighi posti a carico dei comuni inerenti alla disciplina delle modalità del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani (...), il Sottosegretario di Stato delegato alla gestione dell'emergenza assegna all'ente interessato un congruo termine perentorio per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, su proposta motivata del medesimo Sottosegretario, con decreto del Ministro dell'interno possono essere rimossi il sindaco, il presidente della provincia o i componenti dei consigli e delle giunte"*; mentre l'art. 141, co. 1, lett b) cit. dispone lo scio-

glimento del consiglio comunale – che avviene con d.P.R. su proposta del Ministro dell'interno – quando a seguito della rimozione del Sindaco venga meno il corretto funzionamento degli organi e dei servizi.

Quanto al primo punto, il giudice amministrativo, aderendo al consolidato orientamento giurisprudenziale, tenuto conto delle modifiche apportate dalla l. n. 81/1993 ai casi di scioglimento del consiglio comunale, che è disposto con d.P.R., ritiene che, comportando la rimozione dalla carica di sindaco il contemporaneo scioglimento del consiglio comunale, i medesimi provvedimenti debbano essere adottati contestualmente con unico decreto, adottato dal Capo dello Stato.

La giurisprudenza amministrativa considera, difatti, la rimozione del capo dell'amministrazione locale e lo scioglimento del consiglio comunale come due aspetti inscindibili del medesimo procedimento, atteso che al primo consegue inevitabilmente il secondo; la decisione di operare la concentrazione unitaria in un'unica determinazione complessiva, piuttosto che dare luogo all'artificiosa scissione, si rende necessaria, e per una questione di ragionevolezza e per un maggior rispetto dell'economia dell'azione amministrativa, che, diversamente, non sarebbe minimamente onorata (cfr. CdS, VI 15.3.2007, n. 1264).

Per quanto concerne la seconda questione, inerente la responsabilità del sindaco, l'organo di giustizia amministrativa ha osservato che il vigente ordinamento costituzionale contempla due forme di ingerenza statale nell'autonomia delle amministrazioni locali: quella di natura sostitutiva di cui all'art. 120 cost., che fa fronte ad esigenze oggettive da perseguire con un intervento surrogatorio, e quella, riferibile sotto il profilo sistematico agli artt. 126 e 117, co. 2, lett. p) cost., che è espressione di un potere di controllo sugli organi e presuppone la sussistenza di violazioni da sanzionare, in vista del soddisfacimento di un rilevante interesse nazionale.

La rimozione del sindaco *ex art.* 142 cit., intervenendo nell'ambito delle misure ordinarie volte a far fronte ai gravi problemi di smaltimento rifiuti che hanno interessato parte del territorio nazionale, ha evidentemente natura sanzionatoria, costituendo, a

detta del TAR, l'*extrema ratio* per il ripristino della legalità violata in relazione al perseguimento di un interesse fondamentale dello Stato che è quello della tutela della salute della comunità.

Ciò posto, si deve escludere che la sanzione applicata possa essere correlata ad una responsabilità di tipo oggettivo del vertice dell'ente locale in quanto sono elementi indeffettibili sia la congruenza tra l'atto ed i presupposti assunti a sua giustificazione che la violazione grave ed imputabile al rimosso, il tutto nell'osservanza dei profili formali che determinano il legittimo ricorso dell'istituto, nella specie mancanti.

Quanto alla individuazione della condotta imputabile, è da ritenere che la disposizione reca, diversamente dalla norma originaria in cui si è inserita, una più precipua indicazione dei precetti alla cui violazione la rimozione fa da deterrente. Invero, il co. 1 dell'art. 142 cit. collega la rimozione a fattispecie generiche ed indeterminate (*"il presidente della provincia, i presidenti dei consorzi e delle comunità montane, i componenti dei consigli e delle giunte, i presidenti dei consigli circoscrizionali possono essere rimossi quando compiano atti contrari alla Costituzione o per gravi e persistenti violazioni di legge o per gravi motivi di ordine pubblico"*), tanto che la giurisprudenza ha osservato che la disposizione non contiene una casistica minuziosa e tassativa delle fattispecie rilevanti, che, oltre ad essere impossibile, vanificherebbe lo stesso scopo della previsione normativa.

Al contrario, il co. 1 *bis* dell'art. 142 cit. contiene l'elencazione dettagliata delle inosservanze di specifici obblighi, posti sia a carico delle province che dei comuni.

Infine, occorre puntualizzare che per un ricorso legittimo a tale strumento sanzionatorio debbono essere rispettate le modalità del procedimento di rimozione, di cui all'art. 142, in modo da garantire un corretto contraddittorio in virtù del principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

Difatti, attesa la natura perniciosa e discrezionale dei provvedimenti da assumere, occorre porre in essere un'accurata istruttoria volta ad accertare l'inadempimento, e, di conseguenza, è necessario l'avvio di un confron-

to procedimentale con l'interessato, mediante una formale e motivata contestazione dell'addebito. A corollario di ciò, anche la norma in trattazione impone l'instaurazione di una fase procedimentale intercorrente tra l'accertamento della violazione e la comminatoria della sanzione, nella quale all'ente coinvolto deve essere assegnato un termine, congruo e perentorio, per concedergli la possibilità di adottare i provvedimenti necessari.

In conclusione, i giudici laziali hanno accolto il ricorso proposto dal Sindaco, ad eccezione del motivo di incompetenza di cui si è discusso in precedenza, non potendosi ascrivere la carente organizzazione della raccolta dei rifiuti nelle strade comunali alla responsabilità politico-amministrativa dell'ente, e non avendo, inoltre, l'*iter* in esame soddisfatto i canoni del giusto procedimento, non essendo il provvedimento gravato supportato da idonea documentazione probante il grave ed effettivo inadempimento preordinato alla rimozione dell'organo elettivo dell'ente territoriale.

A stravolgere la pronuncia del TAR Lazio, è intervenuta la sesta sezione del CdS, con sentenza del 31.3.2010, n. 1826, che – attese le numerose procedure di infrazione pendenti a carico dello Stato italiano proprio nella materia dei rifiuti – ha accolto l'appello proposto, puntualizzando come il ripristino della legalità nel settore ambientale è uno specifico dovere di rilevanza comunitaria.

A fondamento della predetta decisione, i giudici di Palazzo Spada sono dell'opinione che, pur non avendo il provvedimento repressivo de quo a presupposto alcuna forma di responsabilità oggettiva, tuttavia esso si deve considerare alla stregua di un atto di alta amministrazione, adottabile in caso di gravi emergenze, nelle quali possa dirsi concretizzata la grave violazione di specifici obblighi facenti capo all'ente locale ed attinenti lo smaltimento dei rifiuti.

Si legge nella sentenza suindicata che la situazione di degrado e pericolo per la salute pubblica è documentata efficacemente e che le diffide da parte del Sottosegretario delegato per la gestione dell'emergenza ambientale sono considerati sufficienti ad integrare il disposto normativo di cui all'art. 142, co. 1 *bis*

cit., atteso il tenore ben chiaro di moniti stessi a richiedere interventi tempestivi ed urgenti.

In conclusione, il Consiglio di Stato ritiene sussistente la responsabilità politico-amministrativa, giustificatrice degli interventi repressivi tesi al ripristino della legalità, non avendo il Sindaco tenuto una condotta, espressiva di un impegno eccezionale, all'altezza della situazione concreta da affrontare; in tale situazione il Primo cittadino avrebbe dovuto, difatti, concentrarsi primariamente sul dovere di rimozione dei rifiuti, essendo, oltretutto, lo stesso legittimato a disporre con ordinanza le operazioni necessarie a fronteggia-

re tale situazione, con eventuale addebito ai responsabili, statuizioni che, nel caso di specie, sono del tutto mancate.

L'inerzia del rappresentate del comune non può essere, dunque, giustificata, non avendo lo stesso fatto fronte a quella che è stata comunemente definita la "*crisi dei rifiuti*", neppure con rimedi basilari ed essenziali, quali la semplice rimozione degli accumuli dei rifiuti abbandonati in modo incontrollato, né tantomeno adottato ordinanze relative alla programmazione dell'attività di prevenzione dello smaltimento degli stessi.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - URBANISTICA -

della Dott.ssa Maria Rosaria Salerni

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.6.2010, n. 3699

#### **Lotto intercluso - nozione - fattispecie.**

*Nel caso in cui lo strumento urbanistico generale prevede che la sua attuazione debba aver luogo mediante un piano di livello inferiore, il rilascio del titolo edilizio può essere legittimamente disposto solo dopo che lo strumento esecutivo sia divenuto perfetto ed efficace, ovvero quando è concluso il relativo procedimento. La necessità dello strumento attuativo permane anche in presenza di zone parzialmente urbanizzate che sono comunque esposte al rischio di compromissione dei valori urbanistici e nelle quali la pianificazione di dettaglio può conseguire l'effetto di correggere e compensare il disordine edificativo in atto.*

*La deroga coniata dalla giurisprudenza del "lotto intercluso", peraltro dagli incerti confini, si realizza, secondo una preferibile rigorosa impostazione, allorquando l'area edificabile di proprietà del richiedente sia l'unica a non essere stata ancora edificata; si trovi in una zona integralmente interessata da costruzioni; sia dotata di tutte le opere di urbanizzazione (primarie e secondarie), previste dagli strumenti urbanistici; sia valorizzata da un progetto edilizio del tutto conforme al p.r.g. In tal caso si consente l'intervento costruttivo diretto purché si accerti la sussistenza di una situazione di fatto perfettamente corrispondente a quella derivante dall'attuazione del piano esecutivo, allo scopo di evitare defatiganti attese per il privato ed inutili dispendi di attività procedimentale per l'ente pubblico.*

*Ai fini del rilascio di un permesso di costruire per un "lotto intercluso", senza l'approvazione dello strumento urbanistico attuativo previsto dalle n.t.a. del P.R.G., la valutazione circa la congruità del grado di urbanizzazione è rimessa all'esclusivo apprezzamento discrezionale del comune, il quale, ove intenda rilasciare il titolo edilizio, deve compiere non solo una penetrante istruttoria per accertare che la pianificazione esecutiva non conservi una qualche uti-*

*le funzione, anche in relazione a situazioni di degrado che possano recuperare margini di efficienza abitativa, riordino e completamento razionale, ma che non sia in grado di esprimere scelte programmatiche distinte rispetto a quelle contenute nel p.r.g. Solo nell'ipotesi in cui venga rilasciato il permesso di costruire, incombe sul comune l'obbligo di puntuale motivazione, essendo in caso contrario sufficiente il richiamo alla mancanza del piano attuativo.*

*L'equivalenza fra pianificazione esecutiva e stato di sufficiente urbanizzazione della zona ai fini del rilascio del titolo edilizio non opera nel procedimento di formazione del silenzio assenso sulla domanda di costruzione.*

*Il diniego di rilascio di un permesso di costruire per un'area libera sita nel centro storico del comune, motivato con riferimento alle norme tecniche di attuazione, che per la zona prevedono come strumento esecutivo un piano particolareggiato, è legittimo. A nulla rileva il fatto che trattasi di zona completamente urbanizzata, atteso che in tal caso allo strumento urbanistico esecutivo sono affidate scelte pianificatorie discrezionali proprio avuto riguardo alle aree libere residue presenti nel centro storico che, all'esito di tale attività programmatica, ben potrebbero essere destinate ad infrastrutture pubbliche.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14.4.2010, n. 2074

#### **Edificazione di complessi turistico-alberghieri - presupposti rilascio concessione.**

#### **PRG intercomunale - adozione non contestuale dei singoli comuni - potere di pianificazione nel singolo territorio comunale.**

*Ai fini dell'edificazione di complessi turistico-alberghieri, il richiedente la concessione deve dimostrare l'esistenza di un diritto d'accesso idoneo, servitù o altro diritto reale intavolato alla via pubblica attraverso la strada privata indicata nel progetto. L'idoneità deve essere non soltanto di carattere materiale ma anche*

giuridico, quale disponibilità di un valido titolo abilitativo per il transito, capace di garantire la fruibilità della struttura stessa, agevole e continua al pubblico che ne usufruisce.

Il piano regolatore generale intercomunale costituisce un atto complesso inscindibile, formato dalla determinazione di tutti gli enti locali ai quali è riferito e dell'ente locale sovraordinato di riferimento. Tuttavia, anche in presenza di un PRGI non adottato da tutti contestualmente, i singoli comuni possono provvedere alla pianificazione del proprio territorio, senza perciò violare le norme procedurali relative alla adozione di piani regolatori sovraordinati.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 18.6.2010 n. 2473

**Impianto produttivo - in variante - titolo edilizio - delibera di consiglio comunale - insufficienza.**

**Paesaggio - sanzioni - normativa previgente - sanzione demolitoria - sanzione pecuniaria - alternatività - sussiste.**

Il d.P.R. 447/98 in generale prevede che il titolo edilizio necessario per la realizzazione di impianti produttivi possa essere rilasciato all'esito di due tipi diversi di procedimento, entrambi caratterizzati da una certa semplificazione e precisamente: a) a seguito di una conferenza di servizi, evidentemente quando non sorgano problemi di incompatibilità con lo strumento urbanistico. La struttura competente per l'istruttoria è tenuta, secondo quanto previsto dall'art. 4, ad adottare direttamente, ovvero a richiedere alle amministrazioni di settore o delle quali intende avvalersi, gli atti istruttori ed i pareri tecnici comunque denominati dalle normative vigenti: in tal caso il provvedimento conclusivo del procedimento - che può essere rappresentato anche dal verbale della conferenza di servizi; b) a seguito di domanda corredata da autocertificazioni attestanti la conformità dei progetti alle singole prescrizioni previste dalle norme vigenti in materia urbanistica, della sicurezza degli impianti, della tutela sanitaria e della tutela ambientale, eccettuate le materie di cui all'art. 1 co. 3 (interventi assoggettati a valutazione di impatto ambientale, controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose, prevenzione e riduzione dell'inquinamento. La realizzazione di un impianto produttivo deve dunque essere preceduta dall'una o dall'altra delle due procedure sopra ricordate; e poiché l'art. 5 del d.P.R. 447/98 non esplicita alcuna deroga a

tale principio per i casi di progetti in variante al P.R.G., si deve concludere che, in tali casi, ottenuta la variante urbanistica l'interessato deve farsi carico di compulsare l'ulteriore frazione di procedimento finalizzata al rilascio del titolo edilizio, chiedendo procedersi mediante conferenza di servizi o mediante autocertificazioni: in ogni caso, solo il verbale conclusivo della conferenza di servizi indetta ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. 447/98 "tiene luogo degli atti istruttori e dei pareri tecnici comunque denominati previsti dalle norme vigenti" (art. 4 co. 5).

Posto che l'art. 167 d. lgs. 42/04 ha natura sanzionatoria ed è dunque soggetto al principio di legalità, alle opere realizzate anteriormente all'entrata in vigore della L. 15.12.2004 n. 308 è applicabile la disciplina previgente, la quale annetteva, alla esecuzione di opere in assenza della necessaria autorizzazione paesaggistica, la sanzione della rimessione in pristino ovvero, alternativamente, quella del pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato ed il profitto conseguito mediante la trasgressione, secondo quanto l'autorità preposta alla tutela del vincolo riteneva più opportuno a protezione dei beni tutelati.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 17.6.2010, n. 2329

**Pianificazione - privati - osservazioni - motivazione - obbligo specifico - non sussiste.**

**Piano di recupero - commissione edilizia - parere - previa acquisizione - necessità - non sussiste.**

**Piano di recupero - interventi - demolizione - possibilità - sussiste.**

**Piano di recupero - natura giuridica - in variante al P.R.G. - possibilità - condizioni.**

Le osservazioni dei privati sui progetti sono un mero apporto collaborativo alla formazione degli strumenti urbanistici e non danno luogo a peculiari aspettative, con la conseguenza che il loro rigetto non richiede una specifica motivazione, essendo sufficiente che esse siano state esaminate e ritenute in contrasto con gli interessi e le considerazioni generali poste a base della formazione del piano.

Secondo la giurisprudenza amministrativa la delibera di approvazione del piano di recupero da parte del consiglio comunale non deve essere preceduta dall'acquisizione del parere della commissione edilizia comunale, la cui assenza

non determina dunque l'illegittimità del provvedimento.

L'art. 27 l. 457/08 dispone nel suo primo periodo che "i comuni individuano, nell'ambito degli strumenti urbanistici generali, le zone ove, per le condizioni di degrado, si rende opportuno il recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico esistente mediante interventi rivolti alla conservazione, al risanamento, alla ricostruzione e alla migliore utilizzazione del patrimonio stesso". L'utilizzo di termini come "ricostruzione" lascia dunque sottendere la possibilità di disporre la demolizione degli edifici preesistenti da recuperare, nell'approvazione di un piano di recupero.

Il piano di recupero è notoriamente, sotto il profilo giuridico, uno strumento urbanistico sostanzialmente attuativo delle scelte urbanistiche primarie contenute nel piano regolatore generale ed è quindi equivalente al piano particolareggiato, dal quale si differenzia in quanto finalizzato piuttosto che alla complessiva trasformazione del territorio al recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico esistente con interventi rivolti alla conservazione, ricostruzione e alla migliore utilizzazione del patrimonio stesso. Ne discende che pur non potendosi aprioristicamente escludere l'utilizzo di un Piano attuativo in variante al P.R.G. in riferimento ad un singolo immobile, è peraltro indispensabile che una scelta così circoscritta sia accompagnata da una specifica motivazione che dia conto dell'interesse pubblico perseguito. Diversamente opinando si finisce infatti con il sottrarre un immobile alle prescrizioni della zonizzazione urbanistica, creandosi una disciplina di piano valida soltanto per esso e non per tutti gli altri immobili rientranti nella stessa zona.

TAR Piemonte, Sez. I, 15.6.2010, n. 2847

**PdL - varianti - diritti procedimentali.**

**PdL - approvazione - obbligo di astensione - estensione.**

Le varianti ai piani di lottizzazione richiedono il necessario coinvolgimento di tutti i proprietari interessati al piano, che abbiano sottoscritto la convenzione. Peraltro, il principio della partecipazione di tutti i privati interessati non implica affatto la necessità sempre e comunque dell'unanimità dei proprietari, essendo sufficiente il rispetto della partecipazione procedimentale e contemplando l'ordinamento gli

strumenti per superare l'eventuale dissenso di singoli interessati.

L'obbligo di astensione previsto dall'art. 78 TUEL per l'ipotesi di approvazione di provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado, si applica anche all'ipotesi di piani di lottizzazione e di piani esecutivi convenzionati, fermo restando l'esclusione del conflitto di interessi, ove la deliberazione avvantaggi l'ente locale (nella fattispecie è stata esclusa l'esistenza di un conflitto di interessi in considerazione del fatto che una delle motivazioni poste a base della delibera di variante parziale era costituita dal risparmio finanziario derivante all'ente locale dalla restituzione al privato dell'area in questione, con la conseguente dismissione da parte del comune dell'onere di provvedere alla manutenzione della stessa).

TAR Emilia Romagna, Bo, Sez.II, 28.5.2010, n. 5149

**NTA del PRG - Eseguità delle deliberazioni consiliari - votazione a maggioranza.**

L'eseguità delle deliberazioni consiliari aventi ad oggetto l'approvazione di NTA del PRG deve essere oggetto di votazione a maggioranza. In assenza di essa, non assume alcuna rilevanza il mero richiamo normativo all'art. 134, co. 4, del d. lgs. n. 267/2000 (TUEL), poiché, limitandosi ad individuare i presupposti di legge della immediata eseguità, il suo mero richiamo, in alcun modo, può implicare, di per sé un successivo deliberato favorevole sul punto. Ne consegue l'illegittimità dell'applicazione delle relative NTA.

TAR Piemonte, Sez. I, 7.5.2010, n. 2356

**Individuazione dei confini tra fondi finitimi - amministrazione - presenza di muri a secco - adeguata considerazione - risultanze catastali - valenza probatoria residuale.**

In situazioni dominicali risalenti e connotate anche da condizioni del territorio particolari, quali l'acclività e la natura scoscesa dei terreni, la presenza di segni materiali esteriori di antica origine quali muri in pietra realizzati con tecnica a secco, soprattutto se esistenti tra fondi posti a dislivello, deve essere adeguatamente considerata dall'amministrazione nella

*individuazione dei reali confini tra fondi finiti-  
mi: la stessa non può infatti arrestarsi al dato  
emergente dalle risultanze catastali, che sono  
dotate di una valenza probatoria soltanto resi-  
duale e pertanto cedevole a fronte di emergenze  
di natura reale. E', del resto, patrimonio me-  
moriale comune il dato che i muri a secco nelle  
campagne e nei territori montani more solito  
sostanziano dei veri e propri confini tra fondi,  
rappresentando la reale situazione dominicale  
in maniera ben più fedele che non le risultanze  
del catasto terreni.*

TAR Campania, Na, Sez. VII, 7.5.2010, n. 3082  
**Parcheggi pertinenziali - art. 6 l. reg. Cam-  
pania 9/2001 - esonero contributo oneri di  
urbanizzazione.**

*Ai sensi dell'art. 6 della legge regionale della  
Campania 19/2001 i parcheggi pertinenziali  
non costituiscono cause di aggravamento del  
carico urbanistico e, in quanto tali, non non as-  
sumono rilevanza ai fini degli standards urba-  
nistici. Ne consegue la loro realizzazione non è  
soggetta ad oneri nè di costruzione nè di urba-  
nizzazione.*

TAR Piemonte, To, Sez. I, 3.5.2010, n. 2290  
**PEEP - lavori di ristrutturazione - opere e-  
seguite dal comune - richiesta di pagamento  
al privato - importo.**

*Il privato non è tenuto al pagamento di quanto  
richiesto dal comune che in sede di PEEP ab-  
bia eseguito dei lavori di ristrutturazione nel  
caso in cui i lavori relativi si discostino dal  
progetto approvato e non risultino indispensa-  
bili per il compimento dell'opera. Dall'importo  
relativo ai lavori eseguiti dal Comune in sede  
di ristrutturazione prevista dal PEEP e richie-  
sto ai privati, deve essere detratto il valore del-  
le varianti non autorizzate che hanno diminuito  
il valore commerciale degli immobili.*

TAR Piemonte, To, Sez. I, 3.5.2010, n. 2289  
**Zone di rispetto aree di salvaguardia acque -  
mancanza normativa attuazione regionale -  
realizzazione edificio residenziale - ammissi-  
bilità.**

*Alla luce dell'art. 21 d. lgs. 152/1999, in man-  
canza di attuazione regionale, nelle zone di ri-  
spetto delle aree di salvaguardia delle acque  
destinate al consumo umano è ammessa la rea-  
lizzazione di edifici residenziali.*

TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 30.4.2010, n.  
267

**Pianificazione territorio - necessità coerenza  
altri strumenti pianificatori esistenti - PTP -  
tendenziale unitarietà ed omogeneità dei di-  
versi strumenti pianificatori.**

*Il potere pianificatore è preordinato alla ordi-  
nata programmazione e sviluppo delle aree abi-  
tate ed alla salvaguardia dei valori non solo  
urbanistici, ma anche dei valori ambientali esi-  
stenti. Ne consegue che, in sede di pianificazio-  
ne del territorio, i comuni, non potendo trascu-  
rare l'esistenza e la cogenza di altri strumenti  
pianificatori, ancorché riconducibili ad altri  
soggetti istituzionali, e, nella specie, non pos-  
sono disattendere i piani territoriali paesistici  
elaborati dalla regione od altri piani simili,  
in ragione della tendenziale unitarietà ed omo-  
geneità delle previsioni che devono caratteriz-  
zare, in un coordinato assetto globale, i diversi  
strumenti pianificatori del territorio.*

TAR Liguria, Sez. I, 22.4.2010, n. 1936

**Convenzioni urbanistiche - privato - obbli-  
gazione - ammontare - contributo urbaniz-  
zazione - superamento - irrilevanza - illegit-  
timità - non sussiste.**

*È legittima la pattuizione della convenzione ur-  
banistica che accolti al proprietario - attuatore  
la realizzazione di opere eccedenti il valore del  
contributo di urbanizzazione.*

- ESPROPRIAZIONE -

della Dott.ssa Michela Urbani

Corte di Cassazione civ., Sez. Un., 14.5.2010,  
n. 11730

**Procedimento espropriativo - atti - notifica-  
zione - proprietario catastale - sufficienza.  
Indennità di espropriazione - determinazione  
- immobili abusivi - irrilevanza.**

*La procedura espropriativa si svolge relativa-  
mente alle aree e nei confronti dei soggetti che  
risultano proprietari, secondo le risultanze dei  
registri catastali. Ne discende che potendo la  
titolarità e la consistenza dei beni subire modi-  
fiche nel corso del tempo, il soggetto che, in  
contrasto con tali risultanze, chieda la determi-  
nazione dell'indennità, ha l'onere di dimostrare  
di essere l'effettivo proprietario.*

*Secondo la giurisprudenza di legittimità in te-  
ma di determinazione dell'indennità di espro-*

priazione, gli immobili costruiti abusivamente non sono suscettibili di indennizzo, a meno che alla data dell'evento ablativo non risulti già rilasciata la concessione in sanatoria, per cui non si applica nella liquidazione il criterio del valore venale complessivo dell'edificio e del suolo su cui il medesimo insiste, ma si valuta la sola area, si da evitare che l'abusività degli insediamenti possa concorrere anche indirettamente ad accrescere il valore del fondo.

Corte di Cassazione civ., Sez. Un., 14.5.2010, n. 11729

**Occupazione sine titolo - obbligo risarcitorio - sussiste - obbligazione indennitaria - sussiste.**

**Occupazione legittimità - obbligazione indennitaria - decorrenza.**

**Occupazione sine titolo - obbligazione risarcitoria - liquidazione - metodo analitico - definizione.**

*Al proprietario dell'immobile oggetto di occupazione appropriativa compete sia il risarcimento del danno per la perdita del bene sia l'indennità di occupazione legittima.*

*Il diritto all'indennità di occupazione matura al compimento di ogni singola annualità, per cui è a ciascuno di questi momenti che deve essere calcolato il parametro di riferimento, che è quello del valore venale attuale del bene, passibile nel tempo di variazioni dipendenti dallo specifico mercato immobiliare di riferimento. Ne consegue che, se la determinazione monetaria del valore venale del bene abbia subito variazioni apprezzabili nello sviluppo delle occupazioni legittime e registrabili alle singole consecutive scadenze annuali, ad ogni scadenza dovrà procedersi al calcolo virtuale della indennità di espropriazione fondata anche sul valore venale del bene, come tale soggetto a variazioni nel tempo. Tuttavia, la diversità tra la data di effettiva valutazione dell'immobile e quella di maturazione del diritto a percepire l'indennizzo per la scadenza dell'annualità di occupazione legittima non rende censurabile la liquidazione di detto indennizzo, ove non si dimostri un apprezzabile divario del valore del bene in tali rispettivi momenti.*

*Ove non si ritenga di stimare il terreno ricorrendo a criteri comparativi basati sul valore di aree omogenee, l'adozione del metodo analitico - ricostruttivo comporta che l'accertamento dei volumi realizzabili sull'area non possa basarsi sull'indice fondiario di edificabilità (che è rife-*

*rito alle singole aree specificamente destinate all'edificazione privata) ma ad indici "medi" di fabbricabilità riferiti (o riferibili) all'intera zona omogenea, al lordo dei terreni da destinarsi a spazi liberi o, comunque, non suscettibili di edificazione per il privato, di guisa che tutti i terreni espropriati in uno stesso ambito zonale vengano a percepire la stessa indennità, calcolata su una valutazione del fondo da formulare sulla potenzialità edificatoria "media" di tutto il comprensorio, ovvero dietro applicazione di un indice di fabbricabilità territoriale che sia frutto del rapporto tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e spazi liberi o, comunque, non suscettibili di edificazione per il privato.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.6.2010, n. 4176

**Procedimento espropriativo - proroga - costituisce procedimento autonomo - presupposti.**

**Decreto esproprio - indennità definitiva - determinazione - necessità - non sussiste.**

*Secondo la costante giurisprudenza del giudice amministrativo, la proroga del procedimento espropriativo è il frutto un sub procedimento autonomo (all'interno di quello più generale volto alla dichiarazione di pubblica utilità, anche se implicito, nell'approvazione del progetto di opera pubblica) e discrezionale, rispetto al quale la partecipazione del privato non è inutile e può servire ad evidenziare la sussistenza degli eccezionali presupposti per l'adozione del provvedimento.*

*Ferma la discrezionalità della PA, in presenza di casi di forza maggiore o per altre ragioni indipendenti dalla volontà del concessionario, tuttavia la proroga fondata sulla necessità di provvedere alla liquidazione definitiva dell'indennità di esproprio non configura quell'ipotesi tipica legittimante il potere in esame. La disciplina di cui alla l. 865/1971, invero, innovando rispetto a quella precedente, di cui alla l. 2359/1865, art. 51, che prevedeva l'emanaazione del decreto di esproprio dopo la determinazione dell'indennità definitiva e non prima, consente la corresponsione di indennità a titolo meramente provvisorio, laddove la determinazione dell'indennità definitiva avviene successivamente, ad opera di organi e secondo criteri diversi e successivo, configurando un distinto percorso procedimentale, che si diparte dal decreto d'esproprio. In altri termini, proprio per evitare le lungaggini e le incertezze connesse alla definizione del procedimento de-*

*terminativo dell'indennità finale il legislatore del 1971 ha previsto due distinte fasi, delle quali solo la prima, relativa alla determinazione, offerta ed eventuale accettazione dell'indennità provvisoria, si pone quale condizione di legittimità del decreto di esproprio, la proroga per l'emanazione del quale non può, pertanto, fondarsi sulle necessità di determinazione dell'indennità definitiva, svincolata dal primo.*

*Né l'avvenuta effettiva corresponsione dell'indennità di espropriazione e neppure la previa determinazione dell'indennità definitiva costituisce requisito di validità e/o di legittimità di un decreto di esproprio; così che la asserita mancata previsione nel quadro finanziario dell'opera da eseguire della giusta indennità di espropriazione e la dedotta insufficienza di quella offerta dal concessionario dei lavori non può costituire in alcun modo vizio invalidante la procedura espropriativa.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.6.2010, n. 3690  
**Procedimento espropriativo - fittavoli e mezzadri - interessi procedurali - sussistono. Atti - notificazione - proprietario catastale - sufficienza.**

*La giurisprudenza amministrativa è ormai costante da tempo nel ritenere che va riconosciuto ai "...fittavoli, mezzadri, coloni e partecipanti..." una posizione autonoma nell'intero procedimento espropriativo, rispetto a quella del proprietario, che li legittima a far valere quanto meno il proprio interesse legittimo al corretto esercizio del potere, non potendosi ritenere, per ragioni logiche e sistematiche, che la legittimazione espressamente conferita ad essi dall'art. 17, l. 865/1971, sia limitata alla sola rivendicazione dell'importo corrispondente all'indennità di esproprio determinata in favore del proprietario, così come previsto espressamente dalla specifica disposizione contenuta nel co. 2 di detta norma di legge.*

*E' dato incontestato in giurisprudenza che l'obbligo di notifica degli atti del procedimento espropriativo sussista soltanto con riguardo al proprietario catastale del bene oggetto di ablazione, assumendo ogni altro soggetto diverso da quest'ultimo la condizione del quisque de populo per il quale valgono le regole ordinarie di conoscenza degli atti deliberativi pubblici da parte della generalità, cioè dalla data di loro pubblicazione, se prevista. Ne discende che l'omessa notifica degli atti del procedimento*

*espropriativo ai comproprietari non risultanti dai dati catastali, non assume né carattere invalidante di detti atti, né legittima una difesa tardiva in sede giurisdizionale, ovvero in sede amministrativa, in ordine alle scelte operate dall'Amministrazione, essendo comunque onere del privato interessato curare l'esatta corrispondenza delle risultanze catastali alla reale situazione giuridica del bene oggetto della procedura ablatoria. Ciò perché è da evitare che "...le negligenze dell'avente titolo possano andare a discapito del buon andamento dell'azione amministrativa, a tutela del quale può dirsi anche posto il principio della certezza delle situazioni giuridiche dell'attività della pubblica amministrazione..."*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.6.2010, n. 3655

**Acquisizione sanante - presupposti.**

*La procedura di acquisizione coattiva sanante ex art. 43 TU espropriazioni per p.u. postula:*

1) *l'irreversibile trasformazione del fondo, ed è quindi inutilizzabile ove difetti il presupposto della materiale modifica del bene, ciò che avviene ove le aree siano rimaste sostanzialmente nel medesimo stato in cui si trovavano nel momento in cui ha avuto luogo l'occupazione da parte della pubblica amministrazione (nella fattispecie la PA aveva provveduto alla realizzazione di servizi igienici e tecnologici, modificazione degli spazi interni, apertura di uscite di sicurezza);*

2) *la valutazione degli interessi in conflitto, che comporta la necessità di una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato, quest'ultimo inteso come interesse alla tutela di un diritto costituzionalmente garantito. Sotto questo profilo, quindi, la motivazione deve porre in luce esattamente i motivi d'interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative; deve dare preciso conto delle contingenze che hanno interrotto, sospeso, annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativo; della assoluta necessità, e non mera utilità, che l'immobile sia acquisito nello stato in cui si trova; infine, della natura della trasformazione subita e dunque del fatto che la mancata acquisizione costituirebbe uno spreco di risorse pubbliche. E ciò, quindi, prescindendo da un'irreversibile trasformazione del suolo, la quale, in teoria, invero, è sempre possibile, e che quindi si risolve in una questione di fatto, senza alcuna rilevanza sul diritto*

to assoluto del proprietario alla restituzione del bene;

3) *L'utilizzazione in atto del bene, posto che sia il co. 1 sia il co. 3 dell'art. 43 fanno riferimento ad una costanza di utilizzo del bene a fini pubblici.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.5.2010, n. 2627

**Vincoli - reiterazione - indennizzo - omessa previsione - atto di pianificazione - illegittimità - non sussiste.**

*Nel quadro normativo vigente continua a sussistere il principio per il quale gli atti dei procedimenti di adozione e di approvazione di uno strumento urbanistico, contenente un vincolo preordinato all'esproprio, non devono prevedere la spettanza di un indennizzo, trattandosi di questioni di carattere patrimoniale che presuppongono la conclusione del procedimento di pianificazione.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.4.2010, n. 1982

**Zonizzazione - area pubblica - vincolo espropriativo - esclusione.**

*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 piuttosto la realizzazione degli interventi su di essi previsti sia da parte di privati sia in regime di economia di mercato, hanno natura conformativa del diritto di proprietà esistente sui suoli e non natura espropriativa. La natura espropriativa o conformativa del vincolo va valutata non in astratto, ma sulla base della reale disciplina urbanistica impressa ai singoli suoli, al fine di verificare se l'assegnazione rivolta agli stessi si risolva in una sostanziale ablazione ovvero non svuoti di contenuto i diritti dominicali dei proprietari.*

*Va riconosciuta natura conformativa e non espropriativa alla destinazione di un'area ad uso pubblico. La zonizzazione dei suoli, in questi casi, non è espressione di potere espropriativo ma rientra nella più generale potestà di pianificazione del territorio spettante all'Amministrazione comunale.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 7.4.2010, n.1944

**Vincoli - espropriativi - conformativi - differenze.**

*Costituiscono vincoli soggetti a decadenza quelli espropriativi o che incidano sul bene in*

*modo tale da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale, ovvero ne diminuiscano significativamente il suo valore di scambio; non sono tali, invece, le destinazioni di zona contenute negli strumenti urbanistici che interessino categorie indeterminate di beni e ne prescrivano modalità conformative di utilizzo nel quadro dell'ordinato assetto del territorio e della salvaguardia dei valori urbanistici ed ambientali esistenti. Non costituisce pertanto vincolo espropriativo la zonizzazione che comporti il divieto di qualsiasi tipo di nuovo intervento edilizio, essendo consentiti unicamente "piani di sviluppo di iniziativa pubblica o privata", i quali però "dovranno tendere prevalentemente al mantenimento e all'incremento" del patrimonio boschivo, nonché interventi su edifici esistenti, singoli o in gruppi.*

TAR Campania, Na, Sez. V, 24.6.2010, n. 16019

**Occupazione sine titulo - classificazione.**

**Acquisizione sanante - presupposti.**

*Si ha "occupazione usurpativa pura" nel momento in cui la dichiarazione di pubblica utilità non sia mai stata adottata; ovvero "occupazione usurpativa spuria", quando l'amministrazione ha adottato una dichiarazione di pubblica utilità illegittima, poi annullata in via di autotutela o giurisdizionale.*

*Sussiste occupazione sine titulo, ai sensi dell'art. 20, l. 865/1971, nelle ipotesi di perdita di efficacia del decreto di occupazione di urgenza, ove siano decorsi tre mesi dalla sua emissione senza che sia stata posta in essere l'occupazione.*

*L'art. 43 T.U. espr. presuppone la perdurante sussistenza del diritto di proprietà e di un illecito permanente dell'Amministrazione che utilizza il fondo altrui, in assenza del decreto di esproprio, anche se è stata realizzata l'opera pubblica. In tal caso l'autore dell'illecito ha l'obbligo di restituire il bene immobile e di risarcire il danno cagionato, salvo il potere dell'amministrazione di fare venire meno l'obbligo di restituzione ab extra, con l'atto di acquisizione del bene al proprio patrimonio. In altri termini, a parte l'applicabilità della disciplina civile sull'usucapione (per la quale il possesso ultravventennale fa acquistare all'amministrazione il diritto di proprietà pur in assenza dell'atto di natura ablatoria), l'art. 43 testualmente preclude che l'amministrazione diventi proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge.*

TAR Sardegna, Sez. II, 28.5.2010, n. 1383

**Espropriazione pubblica utilità - occupazione sine titolo - modalità di acquisto della proprietà in capo alla PA.**

*L'occupazione sine titolo di suoli privati da parte della PA integra un illecito permanente e non determina l'acquisto della proprietà in capo alla PA, che può conseguire soltanto con l'adozione da parte della stessa PA di un provvedimento di acquisizione sanante, oppure, nei casi in cui il proprietario, avendo optato per il solo risarcimento del danno per equivalente, abbia abbandonato il proprio diritto di proprietà in favore dell'amministrazione. In tale seconda ipotesi, assume rilevanza, ai fini della quantificazione dei danni da occupazione sine titolo, la data di notifica del ricorso per il risarcimento del danno per equivalente.*

TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 26.5.2010, n. 1946

**Vincoli espropriativi - reiterazione - in blocco - obbligo di specifica motivazione - sussiste.**

*I vincoli espropriativi imposti su beni determinati dallo strumento urbanistico hanno per legge durata limitata: in linea generale, cinque anni, alla scadenza dei quali, se non è intervenuta dichiarazione di pubblica utilità dell'opera prevista, il vincolo preordinato all'esproprio decade. La decadenza dei vincoli urbanistici espropriativi o che comunque privano la proprietà del suo valore economico comporta l'obbligo per il comune di "reintegrare" la disciplina urbanistica dell'area interessata dal vincolo decaduto con una nuova pianificazione. Anche in caso di reiterazione in blocco dei vincoli espropriativi, oltre all'obbligo di indennizzo, grava sull'ente locale l'obbligo di adeguata motivazione poiché una mancata utilizzazione dei fondi, nonostante il vincolo di destinazione, può essere giustificata quando non si sia protratta in maniera significativa nel tempo. Diversamente, la reiterazione del vincolo, a fronte della precedente prolungata inerzia, appare, ove diversamente non espressamente chiarito, del tutto ingiustificata. (nella specie si trattava di destinazione a attrezzature sociali e servizi veterinari).*

TAR Campania, Na, Sez. V, 12.5.2010, n. 4250

**Occupazione sine titolo - risarcimento dei danni - prescrizione - decorrenza.**

**Occupazione sine titolo - rinuncia abdicativa - inconfigurabilità.**

*Dopo l'entrata in vigore dell'istituto della acquisizione sanante di cui all'art. 43, d.P.R. 8.6.2001, n. 327, deve escludersi ogni rilevanza al momento della irreversibile trasformazione dell'immobile occupato ai fini della cessazione dell'illiceità dell'occupazione di un suolo privato da parte della pubblica amministrazione; pertanto, qualora detta occupazione risulti sine titolo, l'illecito permane fino alla restituzione dell'immobile ovvero al sopravvenire di un formale atto di acquisizione, con la conseguenza che fino a tale momento non inizia a decorrere il termine di prescrizione.*

*Va ritenuto superato, in applicazione del primo protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, l'orientamento che vedeva nell'introduzione di una domanda puramente risarcitoria (per equivalente), la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà. Pertanto, nel caso di irreversibile trasformazione del fondo a seguito di procedura espropriativa divenuta illegittima per mancata emissione del decreto di espropriazione definitiva nei termini, il Giudice amministrativo adito, in via negoziale o autoritativa, deve assegnare alla PA un termine perché definisca la sorte della titolarità del bene illecitamente appreso, cui segue, ma in posizione inevitabilmente subordinata e condizionata, la condanna risarcitoria, secondo il criterio esaustivo previsto dall' art. 43 d.P.R. n. 327 del 2001.*

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 5.5.2010, n. 1236

**Occupazione d'urgenza - presupposti.**

*L'art 22 bis d.P.R. 327/2001 prevede testualmente che il decreto di occupazione anticipata dei beni immobili necessari possa essere emanato senza particolari indagini o formalità, allorché il numero dei destinatari della procedura espropriativa sia superiore a 50. Secondo l'interpretazione prevalente, in presenza dei presupposti procedurali prescritti dall'art. 22 bis, per l'emanazione dell'ordinanza di occupazione d'urgenza, e cioè il vincolo preordinato all'esproprio e la dichiarazione di pubblica utilità, l'amministrazione può immettersi senz'altro nel possesso dell'area in esecuzione della suddetta ordinanza, per realizzare le opere per le quali vi è stata l'approvazione del*



*progetto e lo stanziamento delle relative risorse, essendo sufficiente che l'ordinanza di occupazione si limiti a richiamare espressamente la*

*dichiarazione di pubblica utilità, che costituisce l'unico presupposto e che consenta di rilevare l'urgenza della realizzazione delle opere.*

«.....GA.....»

## - EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. IV, 25.6.2010, n. 4109  
**Costo di costruzione - impianti industriali - esonero - condizioni.**

**Costo di costruzione - determinazione - sopravvenienze - rilevanza - sussiste.**

*Il beneficio dell'esonero dal costo di costruzione previsto dall'art. 10, l. 28.1.1977, n. 10, concerne solo i fabbricati complementari ed asserviti alle esigenze proprie di un impianto industriale e non già quelle opere edilizie comunque suscettibili di essere utilizzate al servizio di qualsiasi attività economica.*

*Il fatto costitutivo dell'obbligo giuridico del titolare della concessione edilizia di versare il contributo previsto è rappresentato dal rilascio della concessione medesima, ed è a tale momento, quindi, che occorre aver riguardo per la determinazione dell'entità del contributo (nella specie, il Collegio ha sostenuto l'applicabilità delle tabelle vigenti al momento della documentazione da parte dell'istante della trascrizione dell'atto di asservimento cui era subordinato il rilascio del titolo edilizio).*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.6.2010 n. 3744  
**PdC - diniego - illegittimità - risarcimento danni - obbligo - sussiste.**

**Ristrutturazione edilizia - nozione.**

*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 (eventualmente) subito dall'interessato.*

*Secondo la costante e risalente giurisprudenza gli interventi di ristrutturazione devono assicurare la piena conformità di sagoma, volume e superficie, tra vecchio e nuovo edificio. Più in particolare, la trasformazione dell'edificio preesistente, finalizzata al suo recupero funzionale, può essere compiuta anche attraverso la demolizione radicale e la ricostruzione (fedele) di parti rilevanti del manufatto, specie quando ciò risulti più conveniente sotto il profilo tecnico od economico; e questa possibilità può essere allargata alle ipotesi di totale demolizione e ricostruzione dell'edificio, purché il nuovo edificio corrisponda pienamente a quello preesi-*

*stente. Inoltre, anche se per effetto della normativa introdotta dall'art. 1 d. lgs. 301/2002, il vincolo della fedele ricostruzione è venuto meno, così estendendosi ulteriormente il concetto di detta ristrutturazione edilizia, non per questo sono venuti a cessare i limiti che ne condizionano le caratteristiche e consentono di distinguere dall'intervento di nuova costruzione, essendo sempre necessario che la costruzione corrisponda quantomeno nel volume e nella sagoma, al fabbricato demolito (nella fattispecie, essendosi verificato un innalzamento dell'edificio, il Collegio ha escluso la possibilità di invocare fondatamente il concetto di ristrutturazione).*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 4.6.2010, n. 3556  
**PdC - istanza - vincolo di inedificabilità assoluta - diniego - discrezionalità - non sussiste.**

**Vincolo archeologico - ampliamento - rilevanza - innalzamento - rilevanza.**

**Vincolo - valutazione - degrado - irrilevanza.**

*In presenza di vincoli di inedificabilità espressis verbis qualificati come di carattere assoluto, non residua alcun margine di apprezzamento discrezionale in capo all'organo statale, il quale dovrà limitarsi a verificare se la proposta di intervento implichi a qualunque titolo un episodio di carattere edificatorio per farne conseguire - in modo sostanzialmente automatico - la mera riconferma della sussistenza del vincolo (e, quale logico corollario, il diniego della proposta).*

*Le prescrizioni vincolistiche poste a tutela dei beni archeologici dispiegano la propria valenza preclusiva non solo in presenza di istanze di ampliamento (per così dire - 'in senso orizzontale' -) degli immobili preesistenti, ma anche nel caso delle mere istanze di 'innalzamento' degli stessi. Ed infatti, il divieto di edificazione di nuove costruzioni deve necessariamente essere inteso alla luce del pertinente quadro normativo, il quale ascrive alla nozione di 'interventi di nuova costruzione' (inter alia) l'ampliamento degli immobili esistenti all'esterno della sagoma esistente, non consentendo - sotto tale aspetto - alcuna ontologica differenziazione in relazione agli interventi i*

quali comportino unicamente una sopraelevazione di immobili già realizzati.

*L'avvenuta edificazione di un'area o le sue condizioni di degrado non costituiscono ragione sufficiente per recedere dall'intento di proteggere i valori estetici o culturali ad essa legati, poiché l'imposizione del vincolo costituisce il presupposto per l'imposizione al proprietario delle cautele e delle opere necessarie alla conservazione del bene e per la cessazione degli usi incompatibili con la conservazione dell'integrità dello stesso.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.5.2010 n. 3420  
**Mutamento di destinazione d'uso funzionale - PdC - necessità - non sussiste.**

*Il mutamento di destinazione d'uso funzionale, realizzato cioè senza visibili opere edilizie, qualora non contrasti con i vigenti assetti urbanistici di zona, non richiede autorizzazione a costruire.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17.5.2010, n. 3127  
**Pertinenza - nozione.**

*Un consolidato orientamento riconosce carattere pertinenziale alle opere che, per loro natura, risultino funzionalmente ed esclusivamente inserite al servizio di un manufatto principale, siano prive di autonomo valore di mercato e non valutabili in termini di cubatura (o comunque dotate di volume minimo e trascurabile), in modo da non poter essere utilizzate autonomamente e separatamente dal manufatto cui accedono (nella specie il Collegio ha riconosciuto carattere pertinenziale all'attività di sostituzione di una preesistente tenda parasole con una struttura in legno infissa alla facciata dell'edificio a mezzo di una trave e ancorata alla facciata medesima).*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21.5.2010, n. 3229  
**Oneri concessori - sala cinematografica - esenzione.**

*L'art. 20 d.l. 14.1.1994, n. 26, convertito in l. 1.3.1994, n. 153, stabilisce che "ai fini del rilascio delle concessioni edilizie, la volumetria necessaria per la realizzazione di sale cinematografiche non concorre alla determinazione della volumetria complessiva in base alla quale sono calcolati gli oneri di concessione". La legge è pertanto chiara nell'esonerare dal calcolo della volumetria per gli oneri concessori quanto relativo alla multisala cinematografica.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14.5.2010, n. 3032  
**Fascia di rispetto stradale - obbligo di osservanza - sopraelevazioni - sussiste.**

*La giurisprudenza della Suprema Corte e quella del Consiglio di Stato convergono nell'affermare che il divieto di costruire ad una certa distanza dalla sede stradale si applica anche nel caso di opere che costituiscono mera sopraelevazione di un edificio esistente.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14.5.2010, n. 2966  
**PdC - procedimento - contro interessati - diritto di accesso - sussiste.**

*Al proprietario del fondo vicino a quello su cui siano state realizzate nuove opere spetta il diritto di accesso a tutti gli atti abilitativi edilizi quando faccia valere l'interesse ad accertare il rispetto delle previsioni urbanistiche. Tale posizione, in quanto qualificata e differenziata e non meramente emulativa o preordinata ad un controllo generalizzato dell'azione amministrativa, basta ai sensi dell'art. 22, l. 241/90 a legittimare il diritto di accesso alla documentazione amministrativa richiesta.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.5.2010, n. 2922  
**Oneri di urbanizzazione - determinazione - mutamenti.**

*La determinazione degli oneri di urbanizzazione va effettuata con riferimento alla disciplina vigente al momento del perfezionamento del titolo edilizio. Infatti, fino al momento dell'attribuzione di efficacia la vicenda non è ancora conclusa ed è quindi ancora possibile, ed anzi doveroso, dare risalto agli eventi esterni sopravvenuti, quale è il mutamento dei parametri di calcolo, o come anche potrebbe essere il sopraggiungere di una nuova disciplina urbanistica.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.5.2010, n. 2546  
**PdC - rilascio - condizioni - limiti privatistici - osservanza - valutazione allo stato degli atti - obbligo - sussiste.**

**PdC - diniego - illegittimità - consenso condomini - mancata acquisizione - irrilevanza - fattispecie.**

*Il comune, in sede di rilascio del titolo abilitativo edilizio, ha l'obbligo di verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici, a condizione che tali limiti siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili e/o non contestati.*

*Il provvedimento con il quale un comune subordina il rilascio di una concessione edilizia per la progettazione di un ascensore condominiale, da costruire previo taglio del tetto, al consenso dei comproprietari dell'immobile, è illegittimo nel caso in cui dalle rappresentazioni planimetriche in atti emerga che le porzioni materiali dell'edificio coinvolte siano assegnate in proprietà esclusiva del richiedente. In tali casi l'intervento è invero riconducibile a quell'utilizzo della cosa comune ed a quelle modifiche della cosa stessa funzionali a detto utilizzo, che gli artt. 1102 e 1120 c.c. consentono al partecipante alla comunione, non venendo compressi i diritti dei comproprietari a farne parimenti uso secondo la sua naturale destinazione.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.5.2010, n. 2565

**Volume tecnico - nozione.**

*La nozione di volume tecnico non computabile nel calcolo della volumetria massima consentita, può essere applicata solo con riferimento ad opere edilizie completamente prive di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, in quanto destinate a contenere impianti serventi una costruzione principale, per esigenze tecnico-funzionali della costruzione stessa. Si tratta in particolare di impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione che non possono essere ubicati all'interno di questa, connessi alla condotta idrica, termica, ascensore ecc., mentre va escluso che possa parlarsi di volumi tecnici al di fuori di tale ambito, al fine di negare rilevanza giuridica ai volumi comunque esistenti nella realtà fisica (fattispecie relativa alla ristrutturazione ed ampliamento di un vano scala).*

TAR Liguria, Sez. I, 5.7.2010 n. 5565

**Fascia di rispetto stradale - vincolo di inedificabilità assoluta - estensione.**

*Per costante giurisprudenza, il divieto di costruire ad una certa distanza dalla sede stradale non deve essere inteso restrittivamente, e cioè come previsto al solo scopo di prevenire l'esistenza di ostacoli materiali emergenti dal suolo e suscettibili di costituire, per la loro prossimità alla sede autostradale, pregiudizio alla sicurezza del traffico ed alla sua incolumità delle persone, ma è connesso alla più ampia esigenza di assicurare una fascia di rispetto utilizzabile, all'occorrenza, dal concessionario, per l'esecuzione dei lavori, per l'impianto dei*

*cantieri, per il deposito di materiali, per la realizzazione di opere accessorie, senza vincoli limitativi connessi con la presenza di costruzioni, sicché le distanze previste dalla normativa vanno rispettate anche con riferimento ad opere che non superino il livello della sede stradale. Del resto, già la normativa precedente (art. 4 del d.m. 1.4.1968) - rispetto alla quale quella di cui all'art. 1 del d. lgs. 16.12.1992, n. 495 si pone in linea di coerente continuità - stabiliva che alle distanze da osservarsi nella edificazione a partire dal ciglio della strada e da misurarsi in proiezione orizzontale, "va aggiunta la larghezza dovuta alla proiezione di eventuali scarpate", con ciò confermando che, al fine di escludere l'applicazione della fascia di rispetto stradale, non rileva che l'autostrada corra (come nel caso di specie) su di un rilevato posto ad una quota superiore rispetto a quella del terreno oggetto della progettata edificazione.*

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 28.6.2010, n. 2662

**Pertinenze - nozione - tettoie.**

**Impianto tecnologico - nozione.**

*La giurisprudenza amministrativa ha previsto l'assoggettamento a concessione edilizia (ora, ovviamente, permesso di costruire), per le tettoie e strutture simili quando, per le loro consistenti dimensioni, arrecano una visibile alterazione all'edificio o alle parti in cui vengono inserite, non avendo quindi più carattere accessorio dell'edificio principale.*

*Il concetto di "impianto tecnologico", posto al servizio di un fabbricato esistente, presuppone in primo luogo l'esiguità quantitativa del manufatto - nel senso che il medesimo deve essere di entità tale da non alterare in modo rilevante l'assetto del territorio - ed inoltre, l'esistenza di un collegamento funzionale tra tale manufatto e la cosa principale, con conseguente impossibilità per il primo di essere utilizzato separatamente ed autonomamente.*

TAR Campania, Sa, Sez. II, 28.6.2010 n. 9772

**PdC - istanza - progetto redatto da geometra - rilascio - obbligo di motivazione - necessità.**

*E' illegittimo il titolo a costruire assentito sul progetto, redatto da un geometra, che preveda strutture in cemento armato, se non siano specificate, con motivazione adeguata, le ragioni per cui le caratteristiche dell'opera e le sue modalità costruttive rientrano nella sfera di competenza professionale del progettista, spettando al giudice amministrativo il sindacato*

sulla valutazione circa l'entità quantitativa e qualitativa della costruzione, al fine di stabilire se la stessa, ancorché prevista con struttura in cemento armato, rientri o meno nella nozione di "modesta costruzione civile", alla cui progettazione è limitata la competenza professionale del geometra, ai sensi degli artt. 16 ss. r.d. 11.2.1929 n. 274.

TAR Campania, Na, Sez. III, 25.5.2010, n. 8748  
**Volume tecnico - eccezione al divieto di autorizzazione paesistica in sanatoria.**

La nozione di "volume tecnico" deve essere applicata solo alle opere edilizie completamente prive di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, in quanto destinate a contenere impianti serventi di una costruzione principale, per esigenze tecnico-funzionali della costruzione stessa. Ne consegue che costituiscono eccezione al divieto di rilasciare l'autorizzazione paesistica in sanatoria, ex art. 167, co. 4, d. lgs. n. 42/2004, i soppalchi, i volumi interrati e i volumi tecnici che non abbiano comportato nuovi volumi e nuove superfici.

TAR Lazio, Sez. III, 17.5.2010, n. 11676  
**Fascia autostradale - opere che non superino il livello della sede stradale - divieto assoluto di edificabilità.**

Il divieto di edificabilità nella fascia di rispetto autostradale ha carattere assoluto e prescinde dalla caratteristica dell'opera realizzanda, essendo finalizzato a mantenere una fascia di rispetto, utilizzabile per l'esecuzione di lavori, l'impianto di cantieri, l'eventuale allargamento delle sede stradale, nonché per evitare possibili pregiudizi alla percorribilità della via di comunicazione. Ne consegue che le relative distanze devono essere rispettate anche con riferimento ad opere che non superino il livello della sede stradale.

TAR Campania, Na, Sez. III, 12.5.2010, n. 4196  
**Condominio - parti comuni - richiesta realizzazione interventi edilizi - singolo condomino - obbligo PA di verificare legittimo titolo in capo al richiedente.**

In caso di richiesta da parte di un singolo condomino di realizzazione di lavori edilizi riguardanti parti in comune con altri condomini l'obbligo di verificare l'esistenza, in capo al richiedente, di un idoneo titolo di godimento nell'area in questione grava sull'amministrazione, la quale deve accertare il requisito

della legittimazione soggettiva del richiedente, sia per la notevole incidenza della concessione edilizia sugli interessi pubblici e privati coinvolti, sia per evitare il grave contenzioso che deriverebbe dall'incauto rilascio di quest'ultima a soggetti non idoneamente legittimati.

TAR Veneto, Sez. II, 23.4.2010, n. 1547  
**Recinzioni - PdC - necessità - non sussiste - condizioni.**

La valutazione in ordine alla necessità della concessione edilizia (ora: permesso di costruire), per la realizzazione di opere di recinzione deve essere effettuata sulla scorta dei seguenti due parametri: natura e dimensioni delle opere e loro destinazione e funzione; in base a tale criterio, dunque, non è necessario il permesso per costruire per modeste recinzioni di fondi rustici senza opere murarie, e cioè per la mera recinzione con rete metallica sorretta da paletti di ferro o di legno senza muretto di sostegno, in quanto entro tali limiti la recinzione rientra solo tra le manifestazioni del diritto di proprietà, che comprende lo ius excludendi alios o comunque la delimitazione e l'assetto delle singole proprietà.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 22.4.2010, n. 1133  
**Ristrutturazione edilizia - disciplina applicabile.**

La giurisprudenza ha chiarito che ai fini della conformità urbanistica della ristrutturazione edilizia - laddove realizzata mediante ricostruzione dell'edificio demolito ed il mantenimento di tutti i parametri urbanistico edilizi preesistenti quali la volumetria, la sagoma, l'area di sedime ed il numero delle unità immobiliari - il parametro di riferimento è rappresentato dalla disciplina vigente all'epoca della realizzazione del manufatto come attestata dal titolo edilizio e non da quella sopravvenuta al momento della esecuzione dei lavori di ristrutturazione dovendosi fare salvo, in capo all'interessato, il diritto acquisito al mantenimento, conservazione e ristrutturazione dell'immobile esistente giacché la legittimazione urbanistica del manufatto da demolire si trasferisce su quello ricostruito.

TAR Liguria, Sez. I, 20.4.2010, n. 1834  
**PdC - diniego - ragioni estetiche - illegittimità - condizioni.**

In mancanza di specifiche disposizioni primarie e secondarie o dello strumento urbanistico comunale, non può essere negata la concessione

edilizia in base a generiche considerazioni di carattere estetico, relativamente ad aree su cui le norme vigenti non impediscono di costruire e su cui non sussistono vincoli di carattere storico, artistico o paesaggistico (fattispecie relativa al diniego della sanatoria di opere di chiusura parziale di una tettoia con finestratura su due lati).

TAR Piemonte, Sez. I, 12.4.2010, n. 1761

**Sostituzione serramenti – D.I.A. - necessità - non sussiste - diversità materiali - irrilevanza.**

**Obbligo D.I.A. - inosservanza - sanzione demolitoria - illegittimità.**

La sostituzione o il rinnovamento di serramenti rientra nel concetto di finiture di edifici, come tale configurabile in termini di manutenzione ordinaria, libera e non soggetta a denuncia di inizio attività, sia che vengano impiegati gli stessi materiali componenti, sia che la sostituzione o il rinnovamento venga effettuata con materiali diversi.

È illegittima l'irrogazione di una sanzione demolitoria per la realizzazione di opere astrattamente assoggettate a D.I.A..

#### ABUSI EDILIZI

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30.6.2010, n. 4178

**Condono - commissione edilizia - parere - necessità - non sussiste.**

**Condono - vincolo paesaggistico sopravvenuto - rilevanza - sussiste.**

**Abusi edilizi - potere sanzionatorio - prescrizione - decadenza - inconfigurabilità.**

Stanti la specialità del procedimento di condono edilizio rispetto all'ordinario procedimento di rilascio della concessione ad edificare e l'assenza di una specifica previsione in ordine alla sua necessità, in ipotesi di rilascio della concessione in sanatoria c.d. straordinaria (o condono), il parere della Commissione edilizia non è obbligatorio, ma, tutt'al più, facoltativo, in quelle specifiche ipotesi in cui l'amministrazione ritenga discrezionalmente di acquisire eventuali informazioni e valutazioni con riguardo a particolari e sporadici casi incerti e complessi. In assenza dei predetti casi di acquisizione facoltativa del parere dell'organo collegiale, il rilascio della concessione in sanatoria è subordinato alla semplice verifica dei (pur numerosi) presupposti e condizioni espressamente e chiaramente fissati dal legislatore.

In sede di rilascio della concessione edilizia in sanatoria per opere ricadenti in zone sottoposte a vincolo, previsto dall'art. 32 l. 28.2.1985 n. 47, l'esistenza del vincolo stesso va valutata al momento in cui deve essere valutata la domanda di condono, a prescindere dall'epoca della sua introduzione e, quindi, anche per le opere eseguite anteriormente all'apposizione del vincolo stesso.

Il potere sanzionatorio edilizio non è soggetto, come tutti i pubblici poteri, a prescrizione o decadenza, potendo l'amministrazione ognora perseguire il pubblico interesse, quante volte sussistano i presupposti di fatto necessari e la correlata questione di diritto non abbia già trovato irreversibile definizione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17.5.2010, n. 3126.

**Carattere vincolato attività sanzionatoria.**

**Ordine demolizione - divieto di utilizzo di formule ipotetiche o dubitative - legittimità del provvedimento.**

**Mutamento di destinazione d'uso da temporaneo a permanente - accertamento - valutazione astratta - irrilevanza residenza nei locali.**

Assumendo l'attività sanzionatoria della P.A. sull'attività edilizia abusiva carattere vincolato e non discrezionale, il giudizio di difformità dell'intervento edilizio rispetto al titolo abilitativo rilasciato, che costituisce il presupposto dell'irrogazione delle sanzioni, non può essere connotato da discrezionalità tecnica, configurandosi come mero accertamento di fatto. Ne consegue che il giudice, a fronte di tale attività accertativa svolta dalla PA, può verificare la correttezza con gli stessi criteri con i quali controlla l'esattezza di accertamenti tecnici condotti dalla PA in altri contesti.

Pur non essendo consentito negli ordini di demolizione l'utilizzo di formule ipotetiche o dubitative, dovendo la PA individuare in modo certo gli abusi edilizi contestati al privato, si configura come legittimo il provvedimento che corrisponda al vero delle circostanze di fatto descritte nel verbale di sopralluogo e consegua ad un'istruttoria conclusasi con una misura ripristinatoria attestante l'effettivo carattere abusivo dell'intervento.

Il mutamento di destinazione d'uso dei locali, da temporaneo (accessorio e pertinenziale) a permanente, giustifica l'avvio del procedimento sanzionatorio. Ne consegue che il frazionamento non autorizzato e, in quanto tale, difforme

dal titolo abilitativi, del locale in distinte unità abitative costituisce un mutamento di destinazione d'uso dell'immobile da accessorio e pertinenziale ad abitativo permanente, non assumendo alcuna rilevanza ai fini dell'uso temporaneo, il non risiedere nei locali interessati.

Le valutazioni dell'amministrazione circa la destinazione d'uso di un immobile devono, infatti, essere condotte sulla base della sua astratta idoneità a servire tale destinazione, indipendentemente dalla circostanza che esso sia attualmente occupato o meno.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.5.2010, n. 2644

**Condono - diniego - vincolo di rispetto stradale - inosservanza - legittimità.**

È legittimo il diniego di rilascio della concessione in sanatoria fondato sul rilievo che l'abuso edilizio da sanare sia stato realizzato a distanza inferiore da quella prevista per le strade statali dal d.m. 1.4.1968 n. 1404, ove l'opera sia stata realizzata successivamente all'entrata in vigore del vincolo in parola.

Il vincolo di rispetto stradale ha carattere assoluto, con la conseguenza che all'inosservanza dello stesso segue automaticamente il diniego dell'autorizzazione, non dovendo l'ente preposto operare alcuna valutazione specifica relativamente al profilo della "minaccia alla sicurezza del traffico".

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14.4.2010, n. 2076

**Condono - diniego - vincolo assoluto di inedificabilità - legittimità.**

**Vincolo rispetto stradale - osservanza - obbligo - manufatti interrati - non sussiste - seminterrati - sussiste.**

Il vincolo di rispetto stradale ha carattere assoluto, in quanto perseguente una serie concorrente di interessi pubblici fondamentali ed inderogabili e prescinde dalle caratteristiche dell'opera realizzata. Più in particolare il divieto di costruzione non può essere inteso restrittivamente, cioè al solo scopo di prevenire l'esistenza di ostacoli materiali suscettibili di costituire, per la loro prossimità alla sede stradale, pregiudizio alla sicurezza del traffico e alla incolumità delle persone; ma appare correlato alla più ampia esigenza di assicurare una fascia di rispetto utilizzabile per finalità di interesse generale, ad esempio per l'esecuzione dei lavori, per l'impianto dei cantieri, per il deposito di materiali, per la realizzazione di opere accessorie, senza vincoli limitativi connessi alla

presenza di costruzioni. D'altra parte, la correlazione del vincolo di rispetto stradale con la tutela di interessi fondamentali della collettività traspare dalla semplice osservazione dell'entità e quantità delle opere accessorie necessarie per tutelare i diritti fondamentali delle persone che abitano in insediamenti sorti incontrollatamente a ridosso delle sedi stradali (barriere anticustiche, barriere antisfondamento, strumenti di protezione e mitigazione visiva ed ambientale, ecc.), opere poste a carico delle finanze pubbliche e, quindi, dell'intera collettività.

Il principio secondo cui sono realizzabili nella fascia di rispetto stradale manufatti completamente interrati e di modesta entità, tale da non compromettere gli interessi pubblici coinvolti, non può applicarsi ad un vano seminterrato, parzialmente sporgente dal terreno, tale da compromettere i profili di viabilità e di sicurezza.

Nell'adottare un diniego di rilascio di una concessione in sanatoria per un immobile realizzato in violazione delle distanze dal nastro stradale l'amministrazione non ha l'obbligo di specificare, nella motivazione del provvedimento, se l'opera costituisce o meno una minaccia alla sicurezza del traffico, essendo a tal uopo sufficiente il mero rinvio al disposto dell'art. 33 l. 28.2.1985 n. 47.

TAR Liguria, Sez. I, 5.7.2010, n. 5570

**PdC - in sanatoria - doppia conformità - valutazione - necessità - sussiste.**

L'accertamento di conformità previsto dagli artt. 36 (per le opere eseguite in assenza di permesso di costruire) e 37 co. 4 (per le opere eseguite in assenza di DIA) d.P.R. 380/2001 è diretto a sanare - a regime - le opere solo "formalmente" abusive, in quanto eseguite senza titolo edilizio (rispettivamente, permesso di costruire o DIA), ma conformi nella sostanza alla disciplina urbanistica applicabile per l'area su cui sorgono, vigente sia al momento della loro realizzazione che al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria (c.d. doppia conformità).

Tar Puglia, Ba, Sez. III, 23.6.2010, n. 2606

**Ordine di demolizione - area di sedime - indicazione - necessità - sussiste.**

Come chiarito dalla prevalente giurisprudenza per giustificare l'ingiunzione di demolizione è necessaria e sufficiente l'analitica descrizione delle opere abusivamente realizzate, in modo

da consentire al destinatario della sanzione di rimuoverle spontaneamente, ogni altra indicazione esulando dal contenuto tipico del provvedimento, non occorrendo in particolare, anche la descrizione precisa della superficie occupata e dell'area di sedime che dovrebbe essere confiscata in caso di mancata, spontanea esecuzione; elementi questi, invece, necessariamente afferenti la successiva ordinanza di gratuita acquisizione al patrimonio comunale.

TAR Campania, Na, Sez.II, 23.6.2010 n. 15773  
**Lottizzazione abusiva - lottizzazione materiale - lottizzazione negoziale - nozione. Lottizzazione negoziale - requisiti. Lottizzazione negoziale - repressione - costituisce attività vincolata.**

*L'art. 30, T.U. ed. distingue due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva a scopo edificatorio. La prima, cd. lottizzazione materiale o reale, ricorre "quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione". La seconda, cd. formale, negoziale ovvero cartolare, si delinea "quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio".*

*Ai fini della configurazione di una lottizzazione cd. negoziale non è sufficiente che il terreno sia frazionato e venduto o comunque attribuito ad una pluralità di soggetti, in quanto la norma richiede un terzo requisito ossia la non equivocità della destinazione a scopo edificatorio abusivo sia del frazionamento che della vendita, accertata anche sulla base di un solo indizio.*

*Il provvedimento repressivo dell'attività sanzionatoria non deve motivare circa l'interesse pubblico in confronto a quello privato sacrificato ed in relazione al tempo decorso, atteso il carattere doveroso e vincolato della potestà esercitata, in presenza di tutti gli elementi integranti la fattispecie della lottizzazione abusiva, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti*

*di buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante.*

TAR Emilia Romagna, Pa, 8.6.2010, n. 282  
**Pertinenza - sanzione demolitoria - portico. Mutamento di destinazione d'uso c.d. funzionale - regione E. Romagna - D.I.A. anche per incremento di carico urbanistico - misure sanzionatorie.**

*Le pertinenze in senso urbanistico, si differenziano da quelle di carattere "civilistico", perché si identificano esclusivamente nei manufatti di dimensioni modeste e, in quanto tali, inidonei ad alterare in modo significativo l'assetto del territorio. Ne consegue la legittimità della sanzione demolitoria per un "portico" realizzato in assenza di titoli abilitativi, poiché, indipendentemente dalla possibilità di sua utilizzazione autonoma, è oggettivo e considerevole l'impatto sul territorio che deriva in via stabile dalla realizzazione di una struttura di superficie pari ad oltre 70 mq. e di altezza compresa tra 2,48 m. e 3,90 m.*

*In assenza di una determinazione di carattere generale del singolo ente locale, il mutamento di destinazione d'uso c.d. funzionale, ovvero senza opere edilizie, richiede, in ambito regionale, la sola DIA, anche ove determini un incremento di carico urbanistico, dovendo comportare la sua carenza una sanzione di carattere pecuniario e non il ripristino dell'uso originario.*

TAR Campania, Na, Sez.VI, 24.5.2010, n. 8352.  
**Istanza di concessione in sanatoria ex art. 36 d.P.R. 380/2001 - ordinanza di demolizione - obbligo di preventiva determinazione.**

*In seguito alla presentazione di un'istanza di concessione in sanatoria ex art. 36 d.P.R. 380/2001, è illegittima, in assenza di preventiva determinazione su quest'ultima ed in pendenza del relativo procedimento, l'adozione di un provvedimento sanzionatorio repressivo dell'abuso edilizio commesso, dal momento che l'Autorità urbanistica è venuta meno al suo preciso di determinarsi sull'istanza medesima prima di procedere all'irrogazione delle sanzioni definitive. Detto obbligo si fonda, infatti, sull'esigenza di evitare il rischio che, portata ad esecuzione l'ingiunzione a demolire, risulti vanificato un eventuale provvedimento di accoglimento dell'istanza di concessione in sanatoria per la conseguente impossibilità di restituire*

re alla legalità un'opera non più esistente.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 30.4.2010, n. 1628  
**Condono - diniego - vincolo assoluto di in edificabilità - legittimità - sussiste.**

*È legittimo il diniego di condono di opera pertinenziale realizzata senza osservare la fascia di rispetto autostradale.*

*La giurisprudenza amministrativa ha invero chiarito che nell'ambito della fascia di rispetto autostradale di 60 metri, prevista dal d.m. 1.4.1968 n. 1404, il vincolo di inedificabilità è*

*assoluto, essendo a tal fine irrilevanti le caratteristiche concrete delle opere abusive realizzate nell'ambito della fascia medesima.*

*Il divieto di costruire è infatti in questo caso correlato alla esigenza di assicurare un'area libera utilizzabile dal concessionario dell'autostrada - all'occorrenza - per installarvi cantieri, depositare materiali, per necessità varie e, comunque, per ogni necessità di gestione relativa ad interventi in loco sulla rete autostradale.*

«.....GA.....»

## - PAESAGGIO -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. VI, 17.6.2010, n. 3851  
**Vincolo - sopravvenienza - rilevanza - condizioni.**

*Nell'esegesi degli artt. 139 e 146, d. lgs. n. 42/2004, si deve ritenere che il sopravvenuto vincolo paesaggistico non è opponibile, e dunque non impone la richiesta di autorizzazione paesaggistica:*

*a) per interventi edilizi che siano già stati autorizzati sotto il solo profilo edilizio o anche sotto quello paesaggistico in virtù di un precedente regime, e di cui sia già iniziata l'esecuzione;*

*b) per interventi edilizi che siano già stati autorizzati sotto il solo profilo edilizio o anche sotto quello paesaggistico in virtù di un precedente regime, e per i quali l'esecuzione non sia iniziata nei termini assegnati per fatto non imputabile al soggetto autorizzato.*

*Invece, il sopravvenuto vincolo paesaggistico è opponibile, e dunque impone la richiesta di autorizzazione paesaggistica:*

*a) per interventi edilizi che non siano stati ancora autorizzati nemmeno sotto il profilo edilizio;*

*b) per interventi edilizi che siano già stati autorizzati sotto il solo profilo edilizio o anche sotto quello paesaggistico in virtù di un precedente regime, e per i quali l'esecuzione non sia iniziata nei termini assegnati per fatto imputabile al soggetto autorizzato.*

*Infatti, sotto il profilo letterale, a tenore dell'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e "presupposto" del permesso di costruire o altro titolo*

*abilitativo edilizio. Data la portata condizionante del titolo paesaggistico rispetto a quello edilizio, l'avvenuto rilascio del titolo edilizio (ovviamente se legittimo) implica o che è stato già rilasciato il titolo paesaggistico, o che questo non è necessario.*

*Sul piano sistematico, l'art. 146 in commento deve coordinarsi con il principio della tutela dell'affidamento; chi ha ottenuto un titolo edilizio (del quale è condizione o presupposto il titolo paesaggistico o la non necessità di esso), non può vedere rimessa in discussione la validità ed eseguibilità del titolo edilizio per effetto del sopravvenuto vincolo paesaggistico. Di tale principio dell'affidamento in siffatta materia si trae conferma dall'art. 15, co. 4, d.P.R. 380/2001, a tenore del quale il permesso di costruire decade ex lege in caso di contrastanti sopravvenienze urbanistiche (cui estensivamente devono assimilarsi quelle paesaggistiche), salvo che i lavori siano già iniziati e vengano completati entro tre anni dalla data di inizio. All'ipotesi di inizio dei lavori deve assimilarsi quella in cui l'inizio non vi sia stato per factum principis non imputabile all'interessato, ove risulti che i lavori sarebbero potuti legittimamente e tempestivamente iniziare.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.6.2010 n. 3643  
**Autorizzazione - potere di annullamento - contenuto - limiti.**

*Il potere di annullamento della Soprintendenza per beni architettonici e paesaggistici non importa un riesame complessivo delle valutazioni*

*discrezionali compiute dalla Regione e da un sub- delegato, tale da consentire la sovrapposizione o sostituzione di una propria valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio dell'autorizzazione, ma si estrinseca in un controllo di mera legittimità che si estende a tutte le ipotesi riconducibili all'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Di conseguenza laddove l'autorità statale ravvisi una carenza motivazionale o istruttoria nell'atto oggetto del suo scrutinio, costituente vizio di legittimità, è chiamata ad evidenziare tali vizi con motivazione che deve necessariamente impingere, per risultare a sua volta immune da vizi di legittimità, nella valutazione della non compatibilità dell'intervento edilizio programmato rispetto ai valori paesaggistici compendati nel vincolo.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.4.2010, n. 2377  
**Vincolo paesaggistico - valutazione - degrado - irrilevanza.**

*La qualificazione di rilevanza paesaggistico-ambientale di un sito non è condizionata dal suo grado d'inquinamento, l'imposizione del relativo vincolo servendo piuttosto a prevenire l'aggravamento della situazione e di perseguirne il possibile recupero.*

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 1.7.2010 n. 1628  
**Ambito di tutela - individuazione - PIP - fabbisogno - preventiva valutazione - necessità - omissione - illegittimità - sussiste.**

*Nell'attuale sviluppo dell'ordinamento giuridico l'ambito di applicazione della tutela paesaggistica non riguarda ormai soltanto le aree oggetto di vincolo di tutela, in quanto il vincolo di tutela ex artt. 146 e ss. d.lg. 42/04 è soltanto uno degli strumenti attraverso cui l'ordinamento persegue l'obiettivo della tutela del paesaggio. Tra tali altri istituti finalizzati alla tutela del paesaggio vi sono anche la relazione sull'impatto paesistico o la perimetrazione come ambito di elevata naturalità sottoposto a regime di conservazione.*

*Dal combinato disposto degli artt. 2, co. 1 e 5 d.P.R. 447/98 si evince che il procedimento di approvazione della variante per insediamenti produttivi non è sottratto ai tradizionali presupposti che reggono gli strumenti di piano ed alle esigenze cui sono funzionalizzati gli stessi, limitandosi a semplificarne l'approvazione. Ne consegue che - come tutti gli strumenti di piano sono approvati a seguito di ricognizione del*

*fabbisogno della comunità locale (fabbisogno di nuovi alloggi, che porta all'individuazione di nuove aree destinate a residenza o all'ampliamento degli indici di edificabilità di quelle già individuate come tali; fabbisogno di nuovi servizi pubblici per effetto dell'incremento della popolazione locale, che porta all'ampliamento delle aree destinate ad attrezzature; fabbisogno di nuove aree a verde per garantire il rispetto degli standard a fronte dell'aumento di altri parametri urbanistici) - anche la variante per insediamenti produttivi può essere approvata solo a seguito di una ricognizione del fabbisogno di nuovi impianti produttivi ed alla valutazione del Comune che effettivamente ritenga che per l'ordinato sviluppo della comunità locale occorranno nuovi impianti produttivi la cui localizzazione non sia possibile nel contesto del piano vigente per insufficienza delle aree a ciò destinate. Anzi, questi principi di diritto, dettati per la pianificazione comunale che segue le vie ordinarie, valgono a maggior ragione per la variante per insediamenti produttivi, che è sottoposta a procedure semplificate di approvazione, e che perciò richiede oneri motivazionali ancora più penetranti.*

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 25.5.2010, n. 2139  
**Vincolo - opere abusive - divieto di sanatoria - ratio - limiti.**

*Il divieto di sanatoria per le opere realizzate in assenza di autorizzazione paesaggistica è diretto a impedire all'amministrazione di trasformare ordinariamente, attraverso il giudizio di compatibilità paesistica, il danno ambientale in un equivalente monetario. Il fatto compiuto viene quindi sanzionato con la remissione in pristino in quanto potrebbe indurre l'amministrazione ad accettare un prezzo in cambio di una lesione al vincolo paesistico. Dove tuttavia non sussista alcun danno ambientale, o addirittura sia possibile ottenere un guadagno ambientale con l'assunzione da parte del trasgressore di specifiche obbligazioni nell'interesse del vincolo paesistico, non vi sono ragioni per escludere un'autorizzazione paesistica rilasciata in via successiva*

TAR Puglia, Le, Sez. I, 28.4.2010, n. 1038  
**Vincoli archeologici - imposizione - merito amministrativo.**

*La determinazione dell'amministrazione di imporre un vincolo archeologico (indiretto) su un'area, a sensi dell'art. 21 l. 1089/1939, ap-*

partiene alle valutazioni di merito dell'azione amministrativa e non è, quindi, sindacabile in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della scelta di salvaguardare la zona vincolata. L'imposizione del vincolo - quanto all'identificazione del suo contenuto ed alla delimitazione della sua estensione - appartiene alla sfera di discrezionalità tecnica dell'autorità procedente ed è di per sé soggetta a sindacato « debole » dinanzi al giudice amministrativo, vale a dire è censurabile allorché la sua motivazione risulti inadeguata o presenti manifeste e macroscopiche incongruenze o illogicità, in ragione dell'elasticità e dell'indeterminatezza dei parametri tecnici delle discipline storiche ed archeologiche. E' perciò legittima la imposizione di un sacrificio anche di rilevante portata alla proprietà del privato quando, a seguito del rinvenimento, nel suo fondo, di reperti che sono stati oggetto di complessa stratificazione il bene archeologico da tutelare non appare di facile determinazione in quanto avente caratteristiche di autentico insediamento umano sotto forma di villaggio da tutelare nella sua globalità.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 28.4.2010, n. 1034

**Autorizzazione paesaggistica - contro interessi - diritti procedurali - inconfigurabilità.**

I diritti procedurali di cui all'art. 159 d.lgs. 22.1.2004, n. 42 afferiscono unicamente ai soggetti che hanno richiesto l'autorizzazione paesaggistica sottoposta al controllo della Soprintendenza e non possono essere estesi a ricomprendere anche i proprietari di immobili confinanti, in qualche modo interessati alla vicenda.

TAR Lombardia, Br, Sez.I, 22.4.2010, n. 1599

**Vincolo - interesse particolarmente importante - procedimento - comunicazione avvio procedimento - necessità - sussiste.**

Qualora si inizi il procedimento di assoggettamento di un bene immobile o mobile al vincolo ex L. 1.6.1939 n. 1089, occorre previamente comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti interessati, in applicazione della l. 7.8.1990 n. 241, a pena di invalidità del provvedimento di vincolo.

TAR Toscana, Sez. II, 20.4.2010, n. 986

**Tutela paesistica - oggetto.**

Secondo la più recente giurisprudenza ha rilievo, ai fini della protezione dei valori estetici e tradizionali che formano oggetto della tutela

paesistica, la "spontanea concordanza e fusione fra l'espressione della natura e quella del lavoro umano". Ne discende che ai fini della tutela paesaggistica, gli elementi architettonici devono raccordarsi a quelli naturalistici, in un processo di fusione di questi ultimi con le modifiche sul territorio introdotte ad iniziativa dell'uomo, in modo da dar vita alla nozione di località o ambito territoriale, espressiva nel suo complesso di valori omogenei sia di tipo estetico, sia di riferimento alle tradizionali forme di utilizzo del territorio in consonanza con il paesaggio e con le condizioni di ambiente circostanti.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 8.4.2010, n. 1511

**Vincoli - sopravvenienza - valutazione - necessità.**

**PdL - interessi paesaggistici - valutazione - necessità - insussistenza vincolo - irrilevanza - competenza comune - sussiste.**

La presenza del vincolo paesistico, anche se intervenuto mentre il piano di lottizzazione era in itinere, impone il ripensamento della progettazione per minimizzare l'impatto dei nuovi edifici sullo scenario ambientale tutelato. Questo può implicare una ridotta utilizzazione degli indici edilizi ammessi dalla disciplina urbanistica e l'adozione di differenti modalità costruttive.

L'art. 28, co. 2 della l. 17.8.1942 n. 1150 estende ai piani di lottizzazione la necessità di una valutazione sotto il profilo paesistico indipendentemente dalla presenza di un vincolo paesistico-ambientale. Qualora un tale vincolo sussista, tanto per l'intervento di una dichiarazione di notevole interesse pubblico riferita a un bene determinato (art. 136 e 157 del d.lgs. 42/2004) quanto per effetto della tutela ex lege dei contesti ambientali (art. 142 del d.lgs. 42/2004), è necessaria una vera e propria autorizzazione paesistica.

Non sussiste illegittimità nell'operato del Comune che anticipi una parte delle valutazioni paesistiche al momento dell'esame del progetto sul piano edilizio (acquisendo anche un apporto collaborativo della Soprintendenza), dacché, oltre alla possibilità della sussistenza di prescrizioni puntuali connesse direttamente al vincolo paesistico, idonee a fungere da guida anche per l'esame degli aspetti edilizi, vi sono esigenze di economia procedurale, che suggeriscono di non approvare ai fini edilizi progetti



---

*che non hanno alcuna possibilità di superare la | prova di conformità paesistica.*

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartocconi

Consiglio di Stato, Sez. VI, 13.5.2010, n. 2955  
**Impianti di telecomunicazione - assimilabilità alle infrastrutture - installazione consentita sull'intero territorio comunale.**

*Gli impianti di telecomunicazione sono assimilabili alle infrastrutture, e dunque la loro installazione deve ritenersi in generale consentita sull'intero territorio comunale in modo da poter realizzare un'uniforme copertura di tutta l'area comunale interessata.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.4.2010, n. 2371  
**Impianti radioelettrici - ente locale competente al rilascio dei titoli autorizzatori - Art. 87 d. lgs. n. 259/2003 - interpretazione ex art. 118 cost. - comune - competenza regolamentare - art. 8 l. n. 36/2001 - differenza tra "criteri localizzativi" e "limiti alla localizzazione".**

*A fronte della formulazione dell'art. 87 d. lgs. n. 259 del 2003, che attribuisce genericamente all'ente locale la competenza al rilascio dei titoli autorizzatori necessari per la realizzazione di impianti radioelettrici, è legittima la deliberazione di giunta regionale che individua nel comune il suddetto ente locale; l'art. 87 cit., infatti, deve essere interpretato alla luce del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 cost., ai sensi del quale l'attribuzione delle funzioni amministrative al comune rappresenta la regola, potendosi disciplinare diversamente solo laddove risulti che il comune non sia in grado di esercitare adeguatamente tali funzioni. Ulteriore conferma a tale interpretazione si ricava dall'art. 86 d. lgs. n. 259/2003 che equipara a tutti gli effetti gli impianti di telecomunicazione alle opere di urbanizzazione primaria. Ed allora, considerando che le opere di urbanizzazione debbono essere assentite dal comune, si può ritenere che sempre al comune spetta la competenza ad assentire la realizzazione degli impianti di telecomunicazioni.*

*Riguardo alla competenza regolamentare in materia, in particolare attribuita ai comuni con l'art. 8, co. 6, della l.n. 36 del 2001, la giurisprudenza ha precisato la differenza fra "criteri localizzativi" e "limiti alla localizzazione" ri-*

*tenendosi consentiti i primi, in quanto recanti criteri specifici rispetto a localizzazioni puntuali, e non i secondi, in quanto recanti divieti generalizzati per intere aree. Detto potere regolamentare comunale non può implicare la fissazione di limiti di esposizione ai campi elettromagnetici diversi da quelli stabiliti dallo Stato, non rientrando tale potere nell'ambito delle competenze comunali. Non può, pertanto, il comune, attraverso il formale utilizzo degli strumenti di natura edilizia-urbanistica, adottare misure derogatorie ai predetti limiti di esposizione fissati dallo Stato, quali, ad esempio, il generalizzato divieto di installazione delle stazioni radiobase per telefonia cellulare in tutte le zone territoriali omogenee a destinazione residenziale; ovvero, introdurre misure che pur essendo tipicamente urbanistiche (distanze, altezze, ecc.) non siano funzionali al governo del territorio, quanto piuttosto alla tutela della salute dai rischi dell'elettromagnetismo.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21.4.2010, n. 2266  
**Rifiuti - discarica - autorità competente - discrezionalità tecnica.**

*Nel concedere l'autorizzazione alla discarica è sempre fatto obbligo all'autorità competente di stabilire non soltanto quanti e quali rifiuti possano essere conferiti, ma anche di individuare le tipologie di sistemazione finale del sito interessato, in relazione alla particolare utilizzazione dello stesso. Trattasi di potere/dovere annoverabile nell'esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione competente che com'è noto è censurabile nel giudizio di legittimità soltanto nei ristretti limiti della palese illogicità ovvero nella manifesta insussistenza dei presupposti di fatto.*

TAR Friuli V. G, Sez. I, 10.6.2010, n. 387  
**Inquinamento - mancata individuazione del responsabile - adozione misure necessarie decontaminazione sito - legittimità - situazione di inquinamento storico - realizzazione d'ufficio da parte del comune.**

*Il fatto che la pubblica amministrazione non*

*abbia determinato l'effettiva responsabilità dell'inquinamento non può valere ad impedire e rendere illegittima l'adozione delle misure necessarie per procedere alla decontaminazione del sito, lasciando comunque impregiudicata la questione relativa al definitivo accollo delle relative spese. Infatti rilevata una situazione di inquinamento storico, come previsto dall'art. 242 co. 1. del d. lgs. 152/2006, devono necessariamente essere effettuati gli adempimenti che la stessa norma elenca per porre rimedio alla rilevata contaminazione del sito; pertanto, in caso in cui i responsabili della situazione di inquinamento non siano individuabili e non provvedano né il proprietario del sito né altri soggetti interessati, le procedure e gli interventi di cui all'art. 242 devono essere realizzati d'ufficio dal comune territorialmente competente, come previsto dall'art. 250 dello stesso d.lgs..*

TAR Lombardia, Mi, Sez.II, 17.5.2010, n. 1526  
**VIA e VAS - Autorità procedente - autorità competente - requisiti - competenza tecnica e specializzazione - imparzialità e indipendenza - individuazione tra soggetti legati da vincoli di subordinazione gerarchica - illegittimità.**

*Nella scelta dell'autorità competente, l'autorità procedente deve individuare soggetti pubblici che offrano idonee garanzie non solo di competenza tecnica e di specializzazione in materia di tutela ambientale, ma anche di imparzialità e di indipendenza rispetto all'autorità procedente, allo scopo di assolvere la funzione di valutazione ambientale nella maniera più obiettiva possibile, senza condizionamenti – anche indiretti – da parte dell'autorità procedente. Qualora quest'ultima, infatti, individuasse l'autorità competente esclusivamente fra soggetti collocati al proprio interno, legati magari da vincoli di subordinazione gerarchica rispetto agli organi politici o amministrativi di governo dell'Amministrazione, il ruolo di verifica ambientale finirebbe per perdere ogni efficacia, risolvendosi in un semplice passaggio burocratico interno, con il rischio tutt'altro che remoto di vanificare la finalità della disciplina sulla VAS.*

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 14.5.2010, n. 1897  
**VIA - discrezionalità amministrativa - sinda-**

**cato giudice amministrativo - limiti.**

*La valutazione d'impatto ambientale, anche con riferimento alla tutela dei siti di interesse naturalistico SIC e ZPS, non costituisce un mero giudizio tecnico, suscettibile in quanto tale di verifica sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa, sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse all'esecuzione dell'opera, apprezzamento che è sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nel caso in cui l'istruttoria sia mancata, o sia stata svolta in modo inadeguato, e sia perciò evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione (cfr. CdS, V, 22.6.2009, n. 4206; Id., V, 21.11.2007, n. 5910; Id., VI, 17.5.2006 n. 2851; Id., IV, 22.7. 2005 n. 3917).*

TAR Piemonte, Sez. I, 3.5.2010, n. 2294

**Principio di precauzione - applicazione - livello rischio puntualmente definito dai poteri decisori centrali - esclusione.**

*Deve considerarsi illegittima la possibilità di fare applicazione analogica o estensiva delle norme ambientali che fissano limiti per determinate attività onde apprestare, in relazione ad altre attività considerate pericolose e in conformità al principio comunitario di precauzione, livelli di tutela ambientale più elevati di quelli previsti dalle norme direttamente riferibili alla fattispecie. Infatti non può invocarsi il principio di precauzione a supporto di scelte che, pur animate dal lodevole intento di apprestare un più elevato livello di tutela ambientale, risultano svincolate dai parametri fissati, in modo puntuale e preciso, dalle vigenti disposizioni normative di grado legislativo o regolamentare. L'applicazione di detto principio comporta, in concreto, che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione precoce, anticipatoria rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche. Ne consegue che il principio di precauzione non può essere invocato, viceversa, laddove il livello di rischio connesso a determinate attività sia stato*

*puntualmente definito dai decisori centrali sulla base delle attuali conoscenze scientifiche, attraverso la puntuale indicazione di limiti e di prove cui devono conformarsi le successive determinazioni delle autorità locali.*

TAR Toscana, Sez. II, 12.4.2010, n. 953

**Inquinamento atmosferico - canne fumarie - presupposti - deroga art. 5 d.P.R. n. 412/93.**

*Al fine di integrare i presupposti necessari per la deroga all'obbligo di scarico a tetto di cui all'art. 5 co. 9 cit., quest'ultimo non si limita a richiedere che ricorra l'obiettivo mancanza di camini, canne fumarie o sistemi di evacuazione con sbocco sopra il tetto funzionali ed idonei, o comunque adeguabili, ma attribuisce valore a tale mancanza – qualificandola – nell'ambito esclusivo di situazioni tipicizzate (singole ristrutturazioni di impianti termici individuali già esistenti, siti in stabili plurifamiliari; nuove installazioni di impianti termici individuali in edificio assoggettato dalla legislazione nazionale o regionale vigente a categorie di intervento di tipo conservativo, precedentemente mai dotato di alcun tipo di impianto termico), la cui sussistenza deve essere provata.*

*Infatti l'impossibilità tecnica di per sé non giustifica l'applicazione della deroga, insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica al di fuori dei casi contemplati.*

TAR Emilia R., Bo, Sez. I, 12.2.2010, n. 1010

**Servizio idrico integrato - gestore - affidamento in concessione delle opere e degli impianti di proprietà degli enti locali - conseguenza ex lege dell'affidamento del servizio.**

*A norma del co. 2 dell'art. 124 del d. lgs 3.4.2006 n. 152 tutti gli scarichi devono essere preventivamente autorizzati e l'autorizzazione è rilasciata al titolare dell'attività da cui origina lo scarico e quindi, al soggetto gestore del servizio idrico integrato che è cosa ben diversa dal soggetto proprietario dello scarico e dal soggetto titolare della funzione come l'ATO cui per legge è inibita l'attività di gestione degli impianti. L'affidamento in concessione al Gestore del servizio idrico integrato (art. 4, co.1, lett. f della l. 36 del 1994) delle opere, degli impianti e delle canalizzazioni di proprietà degli enti locali, opera giuridicamente in forza dall'art. 12 della legge e consegue all'affidamento del servizio stesso.*

«.....GA.....»

## - OSSERVATORIO PENALE -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 24.6.2010  
n. 24241

### **Pertinenza urbanistica - nozione.**

#### **Costruzione - opera precaria - nozione.**

*Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, la nozione di "pertinenza urbanistica" ha peculiarità sue proprie, che la distinguono da quella civilistica: deve trattarsi, invero, di un'opera - che abbia comunque una propria individualità fisica ed una propria conformazione strutturale e non sia parte integrante o costitutiva di altro fabbricato - preordinata ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale, funzionalmente ed oggettivamente inserita al servizio dello stesso, sfornita di un autonomo valore di mercato, non valutabile in termini di cubatura o comunque dotata di un volume minimo tale da non consentire, in relazione anche alle caratteristiche dell'edificio principale, una sua destinazione autonoma e diversa da quella a servizio dell'immobile cui accede (nella fattispecie la Suprema Corte ha escluso dalla nozione di pertinenza l'ampliamento di un edificio mediante la edificazione di una tettoia-portico, che, per la relazione di connessione fisica, costituisce parte di esso quale elemento che attiene all'essenza dell'immobile e lo completa affinché soddisfi ai bisogni cui è destinato).*

*Dottrina e giurisprudenza sono costanti nell'affermare che una trasformazione urbanistica e/o edilizia - per essere assoggettata all'intervento autorizzatorio in senso ampio dell'autorità amministrativa non deve essere "precaria": un'opera oggettivamente finalizzata a soddisfare esigenze improvvise o transenti non è destinata a produrre, infatti, quegli effetti sul territorio che la normativa urbanistica è rivolta a regolare. Restano esclusi, pertanto, dal regime del permesso di costruire i manufatti di assoluta ed evidente precarietà, destinati cioè a soddisfare esigenze di carattere contingente e ad essere presto eliminati.*

*La natura precaria del fabbricato non può peraltro essere desunta dalla temporaneità della destinazione soggettivamente data all'opera dal costruttore, ma deve ricollegarsi alla intrinseca destinazione materiale dell'opera ad un uso realmente precario e temporaneo per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, con conseguente possibilità di successiva e sollecita eliminazione.*

*Inoltre, ai fini del riscontro del connotato della precarietà dell'opera e della relativa esclusione della modifica dell'assetto del territorio, non sono rilevanti le caratteristiche costruttive, i materiali impiegati e l'agevole rimovibilità, ma le esigenze temporanee alle quali l'opera eventualmente assolve.*

*La precarietà non va infine confusa con la stagionalità, vale a dire con l'utilizzo annualmente ricorrente della struttura, poiché un utilizzo siffatto non esclude la destinazione del manufatto al soddisfacimento di esigenze non eccezionali e contingenti, ma permanenti nel tempo.*

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 24.6.2010  
n. 24236

### **Varianti - classificazione - definizioni - caratteristiche procedurali.**

*La giurisprudenza distingue tra: varianti in senso proprio; varianti essenziali; varianti c.d. minime.*

*Costituisce variante in senso proprio la modificazione quali-quantitativa di non rilevante consistenza rispetto all'originario progetto. Gli elementi da prendere in considerazione, al fine di discriminare un nuovo permesso di costruire dalla variante ad altro preesistente, riguardano la superficie coperta, il perimetro, la volumetria, le distanze dalle proprietà viciniori, nonché le caratteristiche funzionali e strutturali, interne ed esterne, del fabbricato. In tal caso il nuovo provvedimento (da rilasciarsi con il medesimo procedimento previsto per il rilascio del permesso di costruire) rimane in posizione di sostanziale collega-*

mento con quello originario ed in questo rapporto di complementarietà e di accessorietà deve ravvisarsi la caratteristica distintiva del permesso in variante, che giustifica - tra l'altro - le peculiarità del regime giuridico cui esso viene sottoposto sul piano sostanziale e procedimentale.

Rimangono sussistenti, infatti, tutti i diritti quesiti e ciò rileva specialmente nel caso di sopravvenienza di una nuova contrastante normativa che, se non fosse ravvisabile l'anzidetta situazione di continuità, renderebbe irrealizzabile l'opera.

Costituisce "variante essenziale" ogni variante incompatibile con il disegno globale ispiratore del progetto edificatorio originario, sia sotto l'aspetto qualitativo che sotto l'aspetto quantitativo.

Nel silenzio della legge può analogicamente tenersi conto della definizione di "variazione essenziale" posta dall'art. 32 del T.U. 380/2001.

Non costituiscono in alcun caso variazioni essenziali quelle che incidono sulle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative.

Le istanze per la realizzazione di varianti essenziali sono da considerarsi sostanzialmente quali richieste di un nuovo ed autonomo permesso di costruire e sono soggette, quindi, alle disposizioni vigenti nel momento in cui viene chiesto al comune di modificare il progetto originario, perché in effetti non si tratta solo di modificarlo, ma di realizzare un'opera diversa, nelle sue caratteristiche essenziali, rispetto a quella originariamente assentita.

Le varianti leggere o minori in corso d'opera sono disciplinate dall'art. 22, co. 2, T.U. 380/2001 - come modificato dal d. lgs. n. 301/2002.

Esso prevede che sono sottoposte a denuncia di inizio dell'attività le varianti a permessi di costruire che:

- non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie (e, a giudizio di questo Collegio, tra i "parametri urbanistici" vanno ricomprese anche le distanze tra gli edifici);
- non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia;
- non alterano la sagoma dell'edificio;

- non violano le prescrizioni eventualmente contenute nel permesso di costruire.

La denuncia di inizio dell'attività costituisce "parte integrante del procedimento relativo al permesso di costruzione dell'intervento principale" e può essere presentata prima della dichiarazione di ultimazione dei lavori.

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 11.6.2010 n. 22229

#### **Manutenzione straordinaria - nozione.**

#### **Paesaggio - vincolo - autorizzazione - presupposti.**

In base all'art. 3, co. 1, lett. b, T.U. ed., si considerano interventi di manutenzione straordinaria le opere e le modifiche necessarie per rinnovare o sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per integrare o realizzare i servizi igienici sanitari e tecnologici sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche della destinazione d'uso. Può rientrare nella manutenzione straordinaria anche la sostituzione del tetto a condizione però che non venga modificata la quota d'imposta o alterato lo stato dei luoghi né planimetricamente né quantitativamente rispetto alle superfici ed ai volumi preesistenti. Nelle zone paesaggisticamente vincolate qualsiasi modificazione dell'aspetto esterno dell'edificio deve essere preventivamente autorizzata.

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 11.6.2010 n. 22237

#### **Abusi edilizi - acquisizione gratuita - presupposti.**

Secondo il prevalente orientamento della Suprema Corte, se il colpevole dell'abuso edilizio non provvede alla demolizione dell'opera abusiva ed alla remissione in pristino dello stato dei luoghi entro novanta giorni dall'ingiunzione a demolire emessa dal sindaco, l'opera e l'area pertinente sono acquisite di diritto al patrimonio comunale e tale effetto si produce ipso iure sulla sola base dell'accertamento di un'inottemperanza colpevole, senza che sia necessario alcun atto ulteriore ed in particolare senza che sia necessaria la notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'interessato o la trascrizione, giacché il

---

*primo atto ha solo funzione certificativa dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà, costituendo titolo per l'immissione in pos-*

*sesso, mentre la trascrizione serve a rendere opponibile il trasferimento ai terzi a norma dell'art. 2644 c.c..*

«.....GA.....»

# CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### ACCORDO BONARIO ED ARBITRATO NEL D. LGS. 20.3.2010 N. 53

*Principali novità in materia di accordo bonario ed arbitrato introdotte dal d.lgs. 20.3.2010 n. 53, relativo all'attuazione della direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi).*

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 84 del 12.4.2010 è stato pubblicato il testo del d.lgs. 20.3.2010, n. 53 – vigente dal 27.4.2010 –, rubricato “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”, che introduce numerose modifiche al d. lgs. 163/2006.

Tale decreto è stato emanato in osservanza dell'art. 44 della legge delega 7.7.2009, n. 88 (Legge comunitaria 2008), recependo, peraltro, soltanto alcune delle indicazioni rese dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (di seguito, per brevità, “Consiglio di Stato”) nel parere n. 368/2010 del 1.2.2010.

Di seguito saranno trattati taluni degli aspetti innovativi oggetto della nuova normativa, con riferimento, in particolare, alla regolamentazione dell'accordo bonario e dell'arbitrato.

Nell'ambito della disciplina finalizzata al recepimento della direttiva 2007/66/CE, la legge delega di cui in premessa ha previsto, tra l'altro, l'introduzione di “disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato” tra le quali rientra anche l'incentivazione dell'accordo bonario, seppure si tratti “di un tema che esula dalla direttiva ricorsi e sul quale, quindi, non vi sono vincoli comunitari”, come rilevato dal Consiglio di Stato nel citato parere.

Per effetto dell'art. 4 del succitato d. lgs. n. 53/2010, l'art. 240 del d. lgs. n. 163/2006 è

stato in primo luogo modificato prevedendo che il termine di novanta giorni per la formulazione della proposta di accordo bonario decorra dalla costituzione della commissione, anziché dalla iscrizione dell'ultima delle riserve per effetto della quale “l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale”. Il legislatore ha sul punto accolto l'indicazione resa dal Consiglio di Stato nel citato parere, “al fine di evitare il rischio che il termine possa iniziare a decorrere ancor prima che la Commissione venga costituita”.

In secondo luogo, sono stati previsti *ex novo* particolari requisiti per il terzo componente della Commissione il quale, ai sensi del nuovo co. 9 bis, “assume le funzioni di presidente della commissione ed è nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 241, co. 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale”. Si ricorda che, in precedenza, per il Presidente della commissione non erano previsti particolari requisiti, risultando quindi sufficienti, per tutti i membri della suddetta commissione, quelli individuati dal co. 8 dell'art. 240.

Altra significativa innovazione è costituita dalla riduzione del compenso dei membri della Commissione, previsto nella misura massima di un terzo (anziché della metà) dei cor-

rispettivi minimi tariffari di cui al d.m. 398/2000.

Infine, è stato modificato il co. 16, prevedendo che *“possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al co. 12, nonché in caso di inutile decorso dei termini di cui al co. 12 e al co. 13”*. In tal modo è stata colmata la preesistente lacuna relativa all’ipotesi di ricorso al giudice ordinario, oltre che agli arbitri, ed è stato chiarito che il ricorso arbitrale/giurisdizionale è consentito in tutte le ipotesi di fallimento del tentativo di accordo, e quindi anche in caso di rifiuto espresso della proposta, oltre che a seguito dell’inutile decorso dei termini previsti sia per il pronunciamento delle parti sulla proposta (co. 12), sia per la formulazione della proposta da parte del responsabile del procedimento, nei casi in cui non ci si avvalga della commissione (co. 13), come inizialmente già previsto.

Per quanto attiene all’arbitrato, si evidenzia preliminarmente che l’art. 15 co. 5 del d. lgs. n. 53/2010 ha abrogato il divieto dello stesso introdotto dall’art. 3 co. 19, 20 e 21, della finanziaria 2008 (l. 24.12.2007 n. 244). Sono quindi da considerarsi superate anche tutte le successive disposizioni, di cui ai decreti l. n. 248 del 31.12.2007 e n. 113 del 30.6.2008 (entrambi, peraltro, non convertiti), che avevano differito l’applicazione di tale divieto.

L’art. 44 co. 3 lett. m), della citata legge delega n. 88/2009 dispone quali misure volte alla razionalizzazione dell’istituto in parola, oltre all’incentivazione dell’accordo bonario, anche: *“prevedere l’arbitrato come rimedio alternativo al giudizio civile; 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; contenere i costi del giudizio arbitrale; prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale”*.

Alla luce di tali criteri, in applicazione dell’art. 5 del d.lgs. n. 53/2010, è stata introdotta la disposizione di cui al co. 1 bis dell’art. 241 del d. lgs. n. 163/2006 in base alla quale la stazione appaltante è tenuta ad

indicare nel bando o nell’avviso di indizione della gara, ovvero, per le procedure senza bando, nell’invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria, lasciando tuttavia libero l’eventuale aggiudicatario di ricusare detta clausola comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dall’aggiudicazione. E’ in ogni caso vietato il compromesso, pertanto, il ricorso all’arbitrato risulta possibile soltanto se le parti lo abbiano espressamente convenuto sin dall’inizio all’interno del contratto di appalto.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che in tal modo si assicurasse la *“piena facoltatività”* dell’arbitrato per entrambe le parti, posto in ogni caso che, a parere di chi scrive, tale facoltatività – anche nella previsione della stessa legge delega – sembra sussistere soltanto qualora la stazione appaltante abbia scelto di inserire la clausola compromissoria. Infatti, nel caso in cui ciò non sia avvenuto e quindi non sia stata prevista nel contratto tale clausola, l’aggiudicatario potrà ricorrere esclusivamente al giudice ordinario.

Inoltre, al co. 5 del succitato art. 241, al fine di rafforzare la posizione di indipendenza e terzietà del Presidente del collegio arbitrale, sono stati introdotti particolari requisiti in capo allo stesso, l’osservanza dei quali è obbligatoria a pena di nullità del lodo arbitrale ex art. 829 co. 1 n. 3. Infatti, il suddetto Presidente del collegio arbitrale deve essere dotato di particolari caratteristiche di indipendenza e, comunque, deve essere scelto tra chi non abbia svolto le funzioni di arbitro di parte o difensore in analoghi giudizi arbitrali, con la sola eccezione del dipendente pubblico che, in adempimento del proprio dovere d’ufficio, vi abbia svolto il ruolo di difensore.

L’indipendenza arbitrale è stata altresì rafforzata con l’introduzione all’art. 241 co. 6 di una ulteriore ipotesi di ricusazione degli arbitri, costituita dall’aver partecipato al procedimento di accordo bonario ex art. 240 esprimendo *“un giudizio o parere sull’oggetto delle controversie stesse”*.

Per quanto riguarda il lodo arbitrale, nella nuova formulazione del co. 9 dell’art. 241, si dispone che il lodo si abbia per pronunciato con l’ultima sottoscrizione, mentre l’efficacia dello stesso risulta subordinata al deposito presso la camera arbitrale per i contratti pub-

blici. Nei quindici giorni successivi alla pronuncia del lodo – decorrenti quindi dall’ultima sottoscrizione – gli arbitri, a carico delle parti, dovranno versare all’Autorità di vigilanza l’importo dell’uno per mille del valore della relativa controversia.

In relazione all’efficacia del lodo arbitrale, si evidenzia che il legislatore ha sul punto disatteso l’osservazione del Consiglio di Stato circa l’inopportunità di prevedere una disciplina difforme da quella recentemente introdotta nel codice di procedura civile, finalizzata a *“togliere ogni dubbio in ordine alla natura “giurisdizionale” del lodo (al quale, prima della modifica in questione, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto efficacia negoziale)”* (Consiglio di Stato, parere sopra citato). Infatti, per effetto della riforma del codice di procedura civile di cui al d.lgs. 2.2.2006 n. 40, il lodo, *ex art. 824 bis c.p.c.*, ha la stessa efficacia della sentenza a partire dalla sua ultima sottoscrizione.

La difformità sul punto in esame tra la disciplina generale sopra indicata e quella in materia di appalti pubblici - per la quale il lodo si intende pronunciato con l’ultima sottoscrizione, ma acquista efficacia con il deposito presso la camera arbitrale -, come segnalato dal Consiglio di Stato, potrebbe quindi rischiare *“di essere foriera di incertezze interpretative in ordine all’esatta natura del lodo pronunciato sulle controversie relative all’esecuzione degli appalti”*.

Inoltre, il suddetto deposito presso la camera arbitrale, ai sensi del nuovo co. 10 dell’art. 241, rileva anche come condizione necessaria ai fini dell’efficacia esecutiva del lodo dal momento che detto deposito deve precedere quello previsto ai sensi dell’art. 825 c.p.c. presso il tribunale, il quale, verificata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo.

Per quanto riguarda l’impugnativa del lodo, sono state introdotte alcune disposizioni speciali rispetto alla disciplina generale, anche con l’obiettivo (di legge delega) di accelerare il giudizio di impugnazione. A tal fine, il co. 15 *bis* dell’art. 241, introdotto dal d.lgs. n. 53/2010, prevede che il termine di decadenza entro il quale proporre l’impugnazione, in assenza di notificazione, sia di 180 giorni (anziché di un anno, secondo il disposto dell’art. 828, co. 2, c.p.c.) dal deposito del lodo presso

la camera arbitrale, fermo restando il termine di 90 giorni decorrenti dalla notificazione del lodo, secondo peraltro quanto ordinariamente previsto dall’art. 828, co. 1, c.p.c., per proporre l’impugnazione.

Ulteriore innovazione è costituita dall’introduzione della impugnabilità del lodo non solo per motivi di nullità, come previsto dalla disciplina generale, ma anche *“per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia”*, in conformità a quanto previsto dall’art. 829 co. 3 c.p.c., in base al quale l’impugnativa del lodo per tale ragione può avvenire soltanto se espressamente disposta dalla legge - come nel caso di specie -, oltre che dalle parti.

Il tentativo di assimilazione del lodo a provvedimento avente natura giurisdizionale si evince anche dalla introduzione, nel co. 15 *ter* dell’art. 241, di una disciplina analoga a quella prevista in materia di sospensione cautelare dell’efficacia della sentenza di primo grado. Pertanto, qualora ricorrano gravi e fondati motivi, in conformità alla procedura di cui al suddetto co. 15 *ter*, è possibile che sia sospesa l’efficacia del lodo in materia di lavori pubblici.

Riguardo al criterio di contenimento dei costi enunciato dalla legge delega, tra le novità introdotte dal d. lgs. n. 53/2010, si sottolinea la previsione, di cui al co. 12 dell’art. 241, relativa ad un tetto massimo di centomila euro per il compenso del collegio arbitrale – compenso determinato dagli arbitri nel lodo definitivo ovvero con separata ordinanza – ivi compreso il corrispettivo per l’eventuale segretario. Tale importo sarà rivalutato ogni tre anni con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto col Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Il legislatore ha inoltre specificato che l’ordinanza di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali costituisce titolo ai fini della eventuale ingiunzione di pagamento di cui all’art. 633 c.p.c..

Infine, per quanto riguarda l’applicazione di tutte le suddette nuove disposizioni, di cui agli artt. 4 e 5 del d. lgs. n. 53/2010, l’art. 15, co. 6, del medesimo d. lgs. n. 53/2010 dispone che esse siano applicabili ai *“bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente all’entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di*

essi e ai relativi giudizi arbitrali”.

Tali disposizioni non sembrano dunque applicabili ai contratti già in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto, a quelli che saranno stipulati in virtù di bandi, avvisi o inviti già esistenti, né, quindi, ai relativi accordi bonari e giudizi arbitrali.

«..... GA.....»

## REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE DELL'ART. 23 BIS DEL D.L. N. 112/08

*Si riporta il testo dello schema di decreto del Presidente della Repubblica recante il regolamento di attuazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/08 approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 22.7.2010*

### IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visto l'art. 87, co. 5, della Costituzione;  
Visto l'art. 17, co. 2, della l. 23.8.1988, n. 400;

Visto l'art. 23 bis e, in particolare, i commi 4-bis e 10, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, e successive modificazioni;

Visto l'art. 15 del d.l. 25.9.2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20.11.2009, n. 166;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 17.12.2009;

Acquisito il parere della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d. lgs. 28.8.1997, n. 281, espresso nella seduta del 29.4.2010;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso nell'adunanza della Sezione consultiva per gli atti normativi del 24.5.2010;

Acquisito il parere della Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati in data 14.7.2010 e della Prima Commissione del Senato della Repubblica in data 20.7.2010;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del

Sulla proposta del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale;

EMANA

il seguente regolamento

ART. 1

### Ambito di applicazione.

1. Il presente regolamento, in attuazione dell'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, e successive modificazioni, di seguito denominato “art. 23 bis”, si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito denominati “servizi pubblici locali”.

2. Con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato restano ferme l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse, ai sensi dell'art. 15, co. 1 ter, del d.l. 25.9.2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20.11.2009, n. 166.

3. Sono esclusi dall'applicazione del presente regolamento:

a) il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al d. lgs. 23.5.2000, n. 164;

b) il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al d. lgs. 16.3.1999, n. 79 e alla l. 23.8.2004, n. 239;

c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al d. lgs. 19.11.1997, n. 422;

d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla l. 2.4.1968, n. 475;

e) i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'art. 13, co. 1, del d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.8.2006, n. 248, e successive modificazioni.

### ART. 2

#### Misure in tema di liberalizzazione.

1. Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

2. All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concor-

renziale e i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

3. Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla l. 10.10.1990, n. 287.

4. La verifica di cui al co. 1 è effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente regolamento e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

5. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.

6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'art. 9 della l. 10.10.1990, n. 287, e successive modificazioni.

7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'art. 8, coo. 2 *bis* e 2 *quater*, della l. 10.10.1990, n. 287, e successive modificazioni.

#### ART. 3

##### *Norme applicabili in via generale per l'affidamento.*

1. Le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'art. 23 *bis*, co. 2, sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

2. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'art. 23 *bis*, co. 2, lett. a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

3. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito:

a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'art. 10, co. 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'art. 10, co. 2;

g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

4. Fermo restando quanto previsto al co. 3, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'art. 23 bis, co. 2;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

#### ART. 4

*Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.*

1. Gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'art. 23 bis, co. 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro annui.

2. Nella richiesta del parere di cui al co. 1, esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione "in house" non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento:

a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico;

b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento;

c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore;

d) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore.

3. Nel rendere il parere di cui al co. 1 si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate ai sensi del co. 2 e dichiarate dall'ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante.

4. L'effettivo rispetto delle condizioni di cui al co. 2 è verificato annualmente dall'ente affidante, che invia gli esiti di tale verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In caso negativo, anche su segnalazione della medesima Autorità, l'ente procede alla revoca dell'affidamento e al conferimento della gestione del servizio ai sensi dell'art. 23 bis, co. 2.

#### ART. 5

*Patto di stabilità interno.*

1. Al patto di stabilità interno sono assoggettati gli affidatari "in house" di servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 23 bis, co. 3 e 4.

2. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al co. 1 al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

3. Le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti di cui al co. 1 sono definite in sede di attuazione di quanto previsto dall'art. 2, co. 2, lett. h), della l. 5.5.2009, n. 42, e successive modificazioni, in materia di bilancio consolidato.

#### ART. 6

*Acquisto di beni e servizi da parte delle società "in house" e delle società miste.*

1. Le società "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni.

2. L'art. 32, co. 3, del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al co. 1, lett. c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta secondo quanto previsto dall'art. 23-bis, co. 2, lett. b). Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'art. 32, co. 3, numeri 2) e 3), del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, e successive modificazioni.

#### ART. 7

*Assunzione di personale da parte delle società "in house" e delle società miste.*

1. Le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al co. 3 dell'art. 35 del d. lgs. 30.3.2001, n. 165. Il presente articolo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

ART. 8

*Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione.*

1. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

2. Il divieto di cui al co. 1 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

3. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'art. 77 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

4. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

5. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al co. 3, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'art. 51 del codice di procedura civile.

8. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

9. Le incompatibilità e i divieti di cui ai commi precedenti si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

10. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 23 *bis*, co. 3, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli artt. 234 e seguenti del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

ART. 9

*Principio di reciprocità.*

1. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

ART. 10

*Cessione dei beni in caso di subentro.*

1. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi dell'art. 3, co. 3, lett. f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

2. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al co. 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente regolamento.

3. L'importo di cui al co. 2 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

#### ART. 11

##### *Tutela non giurisdizionale.*

1. I contratti di servizio e, se emanate, le carte dei servizi concernenti la gestione di servizi pubblici locali prevedono la possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale delle controversie, che avviene entro trenta giorni successivi al ricevimento della richiesta.

2. La procedura conciliativa prevista al co. 1 è avviata secondo lo schema-tipo di formulario di cui all'allegato A del presente regolamento.

3. Restano ferme le disposizioni di cui all'art. 2, co. 461, della l. 24.12.2007, n. 244, nonché quelle contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

#### ART. 12

##### *Abrogazioni e disposizioni finali.*

1. A decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento sono o restano abrogate le seguenti disposizioni:

a) art. 113, commi 5, 5 bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15 bis, 15 ter e 15 quater, del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni;

b) art. 150, co. 1, del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione;

c) art. 202, co. 1, del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

2. Le leggi, i regolamenti, i decreti, o altri provvedimenti, che fanno riferimento al co. 7 dell'art. 113 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni, abrogato dal co. 1, lett. a), si intendono riferiti al co. 1 dell'art. 3 del presente regolamento.

3. All'art. 18, co. 3 bis, secondo periodo, del d. lgs. 19.11.1997, n. 422, e successive modificazioni, la parola "esclusivamente" è soppressa.

4. Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23.10.2007, n. 1370/2007.

5. Le disposizioni del presente regolamento si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in quanto compatibili con gli statuti speciali e le relative norme di attuazione.

6. Al fine di assicurare il monitoraggio delle modalità attuative del presente regolamento il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale promuove la stipula di un apposito protocollo d'intesa.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

## REDAZIONALI

# LA SORTE DEL CONTRATTO DOPO L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE

dell'Avv. Salvatore Napolitano

*Brevi cenni sui precipitati pratici dell'inefficacia del contratto*

Grazie alla direttiva n. 66 del 2007, sono state introdotte nel codice dei contratti delle importanti novità che rilevano per gli operatori del settore soprattutto dal punto di vista pratico.

Come noto, l'art. 244, co. 1, d. lgs. 163/06 prevede che *“La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative”*.

Con questa disposizione, quindi, è stato finalmente chiarito che nell'ipotesi in cui il ricorrente ambisca al risarcimento in forma specifica, in altre parole all'aggiudicazione ed al contratto di appalto, la necessaria dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato è di competenza del giudice amministrativo, lo stesso che ha conosciuto dell'illegittimità della gara.

Tale previsione risponde evidentemente ad un'esigenza di concentrazione, nonché di logicità: non è seriamente dubitabile, infatti, che per condannare la PA al risarcimento in forma specifica in favore del ricorrente vittorioso sia necessario prima occuparsi del contratto concluso nelle more.

In precedenza, proprio per rispondere a questa esigenza, l'Ad. Plen. del CdS (n. 9 del 30.7.2008) aveva statuito che in sede di esecuzione della sentenza l'amministrazione non potesse non rilevare la *“sopravvenuta caducazione”* del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, spostando, pertanto, sul piano dell'ottemperanza la competenza del Giudice amministrativo a

conoscere della sorte del contratto, anche in forza dei poteri di merito di cui in quella sede questi dispone.

Ebbene, grazie alla direttiva 66/2007 oggi già in sede di cognizione il giudice amministrativo ha giurisdizione anche sul contratto, con ciò operando una indubbia *“rivoluzione”* nel consueto riparto di giurisdizione con la magistratura ordinaria.

Sul punto, è importante evidenziare quanto statuito dalle SS.UU. della Cassazione (ordinanza n. 2906 del 2010) con riferimento alla vigenza della disposizione in parola: *“la posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica ... è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della direttiva CE n. 66/2007 ... Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo delle stesse nelle materie di giurisdizione esclusiva e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara”*.

La Cassazione, quindi, si è occupata di chiarire che, in disparte il recepimento della direttiva a livello nazionale, le novità da essa introdotte fossero cogenti sin dalla sua entrata in vigore.

In altre parole, anche alle procedure sorte dopo il dicembre 2007 si devono applicare le prescrizioni della direttiva ricorsi.

In questo senso si sono già espressi i TAR dinanzi ai quali si è posto il problema: “... deve essere precisato che il sopravvenuto d. lgs. n. 53 del 2010 trova immediata applicazione, in virtù della sua natura processuale, applicandosi anche ai giudizi instaurati prima della sua entrata in vigore, in difetto di diversa disposizione transitoria” (cfr., ad esempio, TAR Trentino A. A., Tr, 7.6.2010, n. 151; nonché TAR Lombardia, Mi, I, 17.5.2010, n. 1524).

Anche la scelta di affidare alla categoria dell'inefficacia la sorte del contratto a seguito di una procedura illegittima risponde ad esigenze di tipo pratico.

Il legislatore comunitario, infatti, si è occupato solo di stabilire che il contratto concluso a valle di un affidamento illegittimo non dovesse sortire effetti, con ciò rimettendo, eventualmente, ai legislatori degli Stati Membri la scelta dell'istituto di diritto interno cui ricollegare “la privazione degli effetti” del contratto.

Il legislatore italiano si è sostanzialmente allineato a quello comunitario, sebbene abbia preferito esprimersi in termini di inefficacia e non di mera “privazione di effetti”, tralasciando di stabilire da quale tipo di invalidità sia affetto il contratto inefficace.

Sul punto, quindi, non trovano risposta i dubbi sorti in passato al riguardo.

A ciò si aggiunga che, come noto, la categoria dell'inefficacia non è disciplinata dal codice civile che se ne occupa solo con riferimento a singoli istituti, sia di carattere generale (ad es. la condizione ex art. 1353 cc) che particolare (ad es. l'azione revocatoria ex artt. 2901 e ss. cc).

Ad ogni modo, la mancanza di una disciplina di riferimento è in parte compensata dal regime introdotto proprio dalla direttiva ricorsi nel codice dei contratti.

Invero, il nuovo art. 245 bis, co. 1, relativo alle ipotesi di inefficacia per le cosiddette violazioni “gravi”, stabilisce che “Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni

delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva ...” e, al c. 2, che “il contratto resta efficace anche in presenza delle violazioni di cui al co. 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti”.

L'art. 245 ter prevede invece che “Fuori dei casi indicati dagli artt. 245 bis e 245 quater, co. 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta”.

Il legislatore ha, pertanto, operato una scelta molto pratica: ha rimesso al Giudice il potere di valutare in concreto, di volta in volta, se il contratto debba essere dichiarato inefficace (ciò, in parte, anche nell'ipotesi di violazioni gravi di cui all'art. 245 bis) e se ricorrano o meno gli estremi della retroattività di tale dichiarazione e del travolgimento dell'intera procedura.

Stando alla lettura delle nuove disposizioni (art. 245 bis e ter), comunque, sembra che il legislatore abbia indicato una preferenza per la tutela in forma specifica (l'aggiudicazione ed il contratto) e che la dichiarazione di inefficacia, ovviamente, condizioni tale tipo di risarcimento.

Di conseguenza, se pure nel nostro ordinamento la categoria dell'inefficacia non ha una sua disciplina specifica, tale mancanza può essere colmata sia direttamente dalle disposizioni codicistiche che dall'intervento del giudice, senza tralasciare la vigenza dei principi generali del nostro ordinamento.

Con riferimento a quest'ultimo punto, vale accennare al dubbio posto da taluno circa la

rilevabilità d'ufficio, o meno, dell'inefficacia del contratto in sede di giudizio.

Ebbene, è chiaro come questo profilo sia strettamente connesso a quello della natura dell'invalidità di cui è affetto il contratto inefficace.

Tuttavia, stando al silenzio che la legge serba in proposito, sembra lecito richiamare il principio dispositivo che vige nel nostro ordinamento e ritenere che la dichiarazione di inefficacia debba essere conseguire ad una domanda di parte.

Concludendo, non si può negare che la

scelta del legislatore comunitario, e in via derivata del legislatore nazionale, di tralasciare profili dogmatici relativi alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e di rimettere al giudice la soluzione di alcuni profili quali la retroattività della dichiarazione di inefficacia, abbia l'indubbio vantaggio di coniugare l'esigenze di certezza del diritto con quella di soddisfazione del caso concreto.

Perfettamente in linea, perciò, con lo stile del legislatore comunitario, chiaramente influenzato dalla tradizione di *common law*.

«.....GA.....»

## LE SANZIONI ALTERNATIVE PREVISTE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IN CASO DI GRAVI VIOLAZIONI E MANCATO RISPETTO DELLO STAND STILL

dell'Avv. Paola Tria

*Brevi cenni su di un nuovo istituto introdotto dalla Direttiva Ricorsi*

Il nuovo art. 245 *bis* del codice dei contratti, inserito a seguito del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva ricorsi (n. 66 del 2007), prevede che il giudice che annulla l'aggiudicazione illegittima dichiari l'inefficacia del contratto nel caso in cui si verificano quelle "violazioni gravi" che lo stesso art. 245 *bis* elenca al co. 1.

Al co. 2, tuttavia, è previsto che anche nel caso di violazioni gravi il contratto debba restare efficace ove per "il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale" i suoi effetti debbano essere mantenuti.

In questo caso "si applicano le sanzioni alternative di cui all'art. 245 *quater*".

Lo stesso art. 245 *quater*, co. 3, prescrive poi che le sanzioni alternative si applichino anche "qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento" (art. 245 – *quater*, co.3).

Tali sanzioni, in sostanza, constano in una "sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5 per cento al 5 per cento del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato..." (co. 1, lett. a) e nella "riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo" (co. 1, lett. b).

Il giudice amministrativo, inoltre, deve applicare le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne deve determinare la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione ed è, altresì, previsto che "in ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative" (co. 2).

Già alla luce di queste disposizioni, è facile constatare come quello delle sanzioni alternative sia un capitolo assolutamente nuovo nel panorama della normativa di settore, a differenza di quanto non accada già in altri ambiti dell'ordinamento.

Basti pensare, ad esempio, al diritto civile e a quelle disposizioni di carattere sanzionatorio previste addirittura nel codice (fra tutte, si ricordi l'art. 1815, co.2 cc, tramite cui un contratto di mutuo che preveda tassi oltre il limite legale dell'usura viene tramutato *ex lege* in mutuo gratuito).

Secondo il d. lgs. n. 163/06 la sanzione pecuniaria si applica unicamente nei confronti della stazione appaltante; mentre la sanzione della riduzione della durata del contratto, che va ad incidere sulle previsioni pattizie e, quindi, sul sinallagma, non può non riguardare tutte e due le parti.

Proprio con riferimento alla sanzione della riduzione della durata del contratto sono da notare la specificità e la grande differenza che intercorrono fra il codice dei contratti ed il nostro codice civile, fondato sul rispetto della volontà delle parti.

In altre parole, dinanzi all'assetto degli in-

teressi così come definito dai paciscenti, il giudice non si può intromettere nel sinallagma se non su incarico della legge e in questo senso, come noto, la legge prescrive il meccanismo dell' inserimento automatico di clausole in contratto (*ex artt. 1339 cc e 1419 cc*).

Solo di recente la giurisprudenza ha ammesso che in alcuni casi il giudice possa intromettersi sull'equilibrio contrattuale (si veda, fra tutte, l'ipotesi della riduzione dell'importo della clausola penale manifestamente iniqua). Tali aperture sono dovute, non a caso, all'influenza del diritto comunitario che notoriamente affida alla giurisprudenza un ruolo complementare a quello della legge nella costruzione dell'ordinamento.

Non stupisce, pertanto, che in un settore di matrice comunitaria come quello delle opere pubbliche si faccia spazio un nuovo ruolo dell'organo giudicante.

Il d. lgs. n. 163/06 stabilisce, infatti, che il giudice amministrativo, ove ravveda gli estremi per l'applicazione della sanzione della riduzione della durata del contratto, stabilisca l'ammontare della riduzione nell'ambito di una (ampia) forbice che va *“da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo”*

A quanto sin qui esposto si aggiungano i seguenti rilievi:

a) nell'ipotesi in cui ricorrano gravi violazioni *ex art. 245 bis* al giudice è affidato il compito di valutare le cosiddette esigenze imperative in presenza delle quali mantenere il contratto in vita piuttosto che dichiararlo

inefficace;

b) sempre al giudice è rimesso di stabilire se applicare cumulativamente o alternativamente le sanzioni;

c) nel caso di applicazione alternativa, anche la scelta del tipo di sanzione è attribuita al giudice: il codice, infatti, mette a disposizione dell'interprete solo l'opzione fra sanzione pecuniaria e riduzione della durata contrattuale, senza indicare alcun criterio di scelta fra le due ipotesi.

Alla luce di quanto sopra, è facile constatare come la figura del giudicante stia virando verso un ruolo sempre più centrale e nevralgico, soprattutto in considerazione delle valutazioni di merito che oramai deve compiere con riferimento alle sanzioni.

Sembra, infatti, che in questa sede il giudice possa esercitare già in sede di cognizione poteri che fin ora ha esercitato solo in sede di ottemperanza.

Nell'attesa di constatare se la giurisprudenza amministrativa provvederà a questi nuovi incarichi con cautela o meno, è lecito porsi dei dubbi. E' ragionevole, cioè, domandarsi se a fronte di un tale ventaglio di poteri attribuiti al giudice non si rischi di pregiudicare la certezza del diritto e la (almeno tendenziale) uniforme applicazione dello stesso.

Tuttavia, non si può nascondere che in questo settore il ruolo della giurisprudenza è sempre stato fondamentale e che già in altri casi il legislatore ha investito il giudice amministrativo di più ampi poteri, quale, ad esempio, il potere di giudicare del rapporto come nell'ipotesi del silenzio inadempimento (art. 2, co. 8, l. 241/90).

«.....GA.....»

## REQUISITO DELLA MORALITA' PROFESSIONALE E DIRETTIVA RICORSI

Commento alla sentenza del TAR Veneto 7.5.2010, n.1838

dell'Avv. Paola Pittelli

Con la pronuncia in commento, il TAR Veneto si è occupato di due questioni diverse ma, nel caso di specie, strettamente collegate: da un lato, l'esclusione del concorrente per omessa dichiarazione delle eventuali condanne riportate dagli institori e, dall'altro, il potere del G.A. di dichiarare inefficace un contratto stipulato nelle more del giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione della gara.

La particolarità degli argomenti trattati impone un breve riepilogo dei fatti.

L'Azienda ULSS n. 12 veneziana bandiva una procedura aperta per l'affidamento del servizio energia e calore per la conduzione e gestione degli impianti di alcune Aziende ULSS del Veneto; alla gara partecipavano solo due raggruppamenti, Siram e Guerrato e, all'esito della procedura, l'appalto era definitivamente aggiudicato al primo.

La Guerrato impugnava l'aggiudicazione innanzi al Tar, denunciando l'illegittima ammissione alla gara del vincitore, per mancanza di alcuni requisiti di partecipazione e censurando la valutazione dell'offerta economica della Siram.

Quest'ultima a sua volta proponeva ricorso incidentale, contestando l'ammissione alla gara dell'ATI Guerrato per mancanza di requisiti.

In particolare, Siram deduceva l'omessa presentazione, da parte del ricorrente principale, della dichiarazione ex art. 38 d. lgs. 163/06, con riferimento agli institori di una delle mandanti.

La difesa dell'amministrazione, per quanto qui interessa, faceva presente che, nelle more del giudizio, erano stati stipulati i contratti con l'aggiudicataria Siram ed era quindi stato dato avvio al servizio.

Il Tar Veneto ha valutato, in via preliminare, la fondatezza del ricorso incidentale, affrontando, quindi, la questione dell'ammissibilità alla gara di un raggruppamento, in caso di omessa dichiarazione, da parte di una mandante, delle eventuali condanne subite dagli institori.

Com'è noto l'art. 38 cit., invocato da Siram, non contempla gli institori tra i soggetti obbligati a rendere la dichiarazione sostitutiva, limitandosi a menzionare gli amministratori ed i direttori tecnici.

E infatti l'ATI Guerrato, in merito alla censura sollevata dall'aggiudicataria, aveva immediatamente dedotto come l'omessa dichiarazione relativamente agli "altri soggetti muniti di poteri di rappresentanza" potesse configurarsi alla stregua di mera irregolarità della domanda di partecipazione alla gara, come tale non sanzionabile con l'esclusione e sanabile ex art. 46.

Ma il TAR Veneto non ha condiviso tale interpretazione, sostenendo, al contrario, la necessità che la dichiarazione circa l'insussistenza di condanne sia resa anche con riferimento agli institori, in quanto "la ratio legis della previsione contemplata dall'art. 38 è quella di escludere...le società in cui i soggetti che abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale si trovino in alcuna delle situazioni descritte nella richiamata disposizione...Ai fini di una corretta applicazione della norma, occorre fare quindi riferimento alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la evidenziata ratio potrebbe essere agevolmente elusa e dunque vanificata".

Con questa statuizione (che peraltro richiama alcuni autorevoli precedenti, cfr. CdS. 523/07 e 36/08) il GA. ha sottolineato la necessità di guardare sempre alla sostanza più che alla forma, in ossequio ai principi generali di imparzialità e buon andamento. Essendo l'institore una sorta di *alter ego* dell'imprenditore, dotato di ampi poteri rappresentativi e

di gestione, non considerarlo, sulla base del mero dato letterale, tra i soggetti tenuti alla dichiarazione in argomento, costituirebbe un'evidente violazione dei principi ispiratori dell'art. 38.

Stabilito che l'ATI Guerrato doveva essere esclusa per l'omessa dichiarazione dell'istitutore, il TAR ha dovuto necessariamente esaminare il ricorso principale, visto che alla gara avevano partecipato solo due concorrenti.

Sul punto il G.A. ha ritenuto che in capo alla vincitrice Siram mancassero i requisiti di qualificazione, di conseguenza, ha accolto anche il ricorso principale, disponendo il rinnovo della gara.

Ma non è tanto interessante analizzare le motivazioni tecniche che hanno condotto a quest'ultima decisione, sembra invece molto più rilevante l'ultima parte della sentenza, con cui il TAR ha valutato la "situazione di fatto.... evolutasi nel corso del giudizio".

Come anticipato nel riepilogo dei fatti, la stazione appaltante, nelle more del giudizio, aveva stipulato i contratti con Siram e il servizio era stato avviato.

Ebbene il Tar ha disposto l'inefficacia dei contratti, alla luce del recente orientamento espresso dalla Cassazione in merito agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Con la sentenza n. 2906/10, dopo aver "dato atto della negazione da parte della prevalente giurisprudenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perché illegittima", la Cassazione ha richiamato la direttiva comunitaria 66/2007 (c.d. direttiva ricorsi), statuendo che "...una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (art. 117 cost.) delle norme ..., rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione dei principi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare che corrispondono a quelli di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo disegnato nella carta costituzionale.

Per effetto della Direttiva ..., anche prima

del termine indicato per la trasposizione di essa nel diritto interno, la pubblica amministrazione era infatti onerata a dichiarare privo di effetti il contratto, se concluso con aggiudicatario diverso da quello dovuto, a meno che sussistessero condizioni che consentissero di non farlo, e lo stesso potere-dovere dell'amministrazione imponeva di attribuire al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie estesa anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione della direttiva, che ha, nell'ordinamento interno, il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione.

Ritiene quindi la Corte che gli effetti della Direttiva possano ripercuotersi anche nel caso di una gara che si è svolta dopo la pubblicazione della stessa, così come accadrà successivamente all'entrata in vigore delle norme di trasposizione nel diritto interno, ogniqualvolta l'appalto si sia concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima.....Se le due controversie per l'annullamento della gara e la caducazione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva deve quindi ritenersi che, ai sensi dell'art. 103 cost., le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della PA, su cui ha di certo cognizione il giudice amministrativo, che può quindi decidere "anche" su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara (C. Cost. 6.7.2004, n. 204 e 11.5.2006, n. 196)".

Il TAR Veneto ha fatto proprie le conclusioni sopra riportate: ritenuto "che possa farsi rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione che la domanda di privazione degli effetti del successivo appalto concluso ... con la contraente scelta in modo illegittimo", ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato dall'amministrazione sulla base di una gara svolta, per tutte le ragioni sopra evidenziate, in modo illegittimo.

La sentenza in commento assume particolare rilievo se si considera che è intervenuta poco dopo l'entrata in vigore (27.4.2010) del

d. lgs. 53/2010, che ha recepito la direttiva ricorsi. Una delle principali novità del decreto è rappresentata proprio dalla scelta del nostro legislatore di ampliare i poteri del G.A., affidandogli anche la pronuncia sulla privazione degli effetti del contratto (o sulla sanzione alternativa). Si noti che la direttiva comunitaria non imponeva tale soluzione, lasciando aperta la possibilità che delle sorti del contratto se ne continuasse ad occupare il G.O.: è stato, dunque, il legislatore nazionale a voler rimettere ogni questione nelle mani del G.A., in tal modo incidendo profondamente sul sistema tradizionale della giustizia amministrativa e sul riparto di giurisdizione con il G.O., non senza destare alcune perplessità. Se, infatti, in linea di principio, è condivisibile la scelta di affidare ad un unico giudice, in nome di un comune e superiore interesse pubblico, sia le questioni strettamente connesse alla gara sia quelle relative agli effetti del contratto, è tuttavia d'obbligo chiedersi, nel silenzio delle norme, quali siano in concreto i poteri di questo "nuovo" G.A. e, soprattutto, con quali mezzi e tempi procederà a tutti gli accertamenti del caso. Ed invero, secondo il nuovo art. 245 *ter* del codice dei contratti, "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione...., dello stato di

esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto...". Si tratta, quindi, di decisioni che richiedono indagini puntuali e strumenti tipici del processo civile, che non appaiono facilmente utilizzabili né nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, né nell'ambito del nuovo processo amministrativo, come ridisegnato dal codice in via di approvazione, che, in *subiecta* materia, recepisce in tutto e per tutto la scelta legislativa di concentrare nelle mani del G.A. poteri e funzioni sino ad oggi divise con il G.O.. In particolare, nel Capo II del titolo IV del nuovo codice del processo amministrativo, sono contenute alcune norme (artt. 132-137) che, da un lato, istituiscono un rito abbreviato in materia di appalti pubblici e, dall'altro, attribuiscono al G.A. competenze molto ampie, sino a sostituirlo all'attività dirigenziale amministrativa, con notevoli ricadute anche in termini di responsabilità. In caso di approvazione del testo, in altri termini, assisteremo alla nascita di un rilevante contenzioso, nell'ambito del quale saranno valutati aspetti diversi e delicatissimi, da celebrare in tempi estremamente ristretti e che si concluderà con una sentenza il cui dispositivo andrà pubblicato entro sette giorni. A parte gli ovvi dubbi sulla costituzionalità di questa riforma, non si può fare a meno di chiedersi se un tale potenziamento dei poteri del G.A. rappresenti la strada giusta per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico.

«.....GA.....»

## PROBLEMATICHE RELATIVE AI REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA NECESSARI ALLA PARTECIPAZIONE AD UNA GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RACCOLTA DIFFERENZIATA DEI RIFIUTI

dell’Avv. Maurizio Dell’Unto

*Parere n. 110 del 27.5.2010 dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture*

Con il parere n. 110 del 27.5.2010, l’Autorità di Vigilanza ha affrontato e risolto alcune questioni concernenti la corretta individuazione dei requisiti di capacità tecnica necessari alla partecipazione ad una gara per l’affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti.

In particolare, nel caso sottoposto all’esame dell’Autorità, la società istante aveva contestato il bando di gara nella parte in cui prevedeva, tra i requisiti di capacità tecnica richiesti per la partecipazione alla gara, l’elenco *“attestante l’esperienza dell’impresa nell’ultimo triennio (2006-2007-2008) con riferimento alle raccolte differenziate comprovata da servizi svolti in uno o più comuni per minimo 15.000 abitanti residenti complessivi e dove in ciascun comune sia stato superato l’obiettivo del 35% di raccolta differenziata in ciascun anno del triennio”*.

La concorrente osservava che la resa della raccolta differenziata non è riconducibile ad uno specifico requisito di natura tecnica attribuibile alle singole società che erogano il servizio, ma piuttosto consegue al verificarsi di diversi fattori esterni quali ad esempio: i) la capacità complessiva delle imprese di organizzare sul territorio il servizio nelle diverse modalità possibili; ii) l’adozione da parte dei comuni di appositi regolamenti e campagne di sensibilizzazione e di controllo oltre naturalmente alla sensibilità del singolo utente, di talché la prescrizione contestata risulta eccessivamente restrittiva rispetto alle esigenze di massima partecipazione alla gara, determinando una significativa riduzione del numero dei potenziali partecipanti.

L’amministrazione committente, su richiesta dell’Autorità, ha reso noto di aver ricevuto

dal 1992 la *“Bandiera Blu”*, sottolineando che il requisito indispensabile per continuare ad ottenere tale riconoscimento è il raggiungimento di un’elevata raccolta differenziata e che in base alla normativa regionale (nello specifico la regione Abruzzo) il mancato raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata è oltretutto sanzionato con l’aumento del 20% dei tributi comunali.

Per questo il requisito richiesto appare indispensabile per l’eventuale affidamento del servizio.

Nell’affrontare la questione controversa, l’Autorità ha dapprima richiamato il tradizionale insegnamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui, in materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della PA, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche strutturate su concetti non tassativi, indeterminati, che implicano, ai fini di una corretta definizione da parte dell’interprete, un rinvio alla realtà sociale<sup>1</sup>, per poi specificare che rientra nella discrezionalità dell’amministrazione *“la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara di appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza degli stessi e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio”*<sup>2</sup>. A tal proposito è lo stesso art. 42, co.2,

<sup>1</sup> Cfr. CdS, Sez. VI, 4.6.2009, n. 3448.

<sup>2</sup> Cfr. AVCP, parere n. 83 del 29 aprile 2010, CdS, V, 29.12.2009, n. 8914, CdS, VI, 3.4.2007, n. 2304, CdS, V, 23.12.2008, n. 6534, CdS, V, 31.12.2003, n.

del d. lgs.n. 163/2006 che nel prescrive che i requisiti di capacità tecnica e professionale non possono eccedere l'oggetto dell'appalto implicitamente richiede che l'individuazione di tali requisiti debba essere adeguata all'oggetto della prestazione e al valore presuntivo posto a base d'asta.

Pertanto, secondo l'Autorità, nel caso in esame la previsione del bando di gara contestata appare coerente e conforme con la vigente legislazione nazionale e regionale in materia di tutela ambientale, volta ad incrementare il ricorso alla raccolta differenziata<sup>3</sup>.

9305, TAR Puglia, Ba, I, 28.4.2010, n. 1511, TAR Molise, I.2.4.2008, n. 107)

<sup>3</sup> L'art. 205 del d.lgs. n. 152 del 2006 c.d. "Codice dell'Ambiente" prevede meccanismi atti a favorire l'adozione generalizzata della raccolta differenziata dei rifiuti urbani e indica gli obiettivi da raggiungere su base di ogni A.T.O. (Ambito Territoriale Ottimale), fissando con aumento progressivo per scaglioni temporali (periodo 2006-2012) le percentuali minime di raccolta differenziata dei rifiuti urbani ossia: a) almeno il 35% entro il 31 dicembre 2006; b) almeno il 45% entro il 31 dicembre 2008 e c) almeno il 65% entro il 31 dicembre 2012.

La l. 27.12.2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) all'art. 1, co.1108, consente alle regioni, previa diffida, di garantire il governo della gestione dei rifiuti mediante un commissario ad acta, che operi in quegli A.T.O. all'interno dei quali non è assicurata una raccolta differenziata dei rifiuti urbani pari a percentuali minime prestabilite ovverosia: a) almeno il 40% entro il 31 dicembre 2007; b) almeno il 50% entro il 31 dicembre 2009 e c) almeno il 60% entro il 31 dicembre 2011. Inoltre, deve considerarsi che la Regione Abruzzo ha disciplinato la gestione integrata dei rifiuti con legge regionale del 19.12.2007 n. 45, nella quale ha fissato (art. 23, co. 4) gli obiettivi di raccolta differenziata, da raggiungere nel territorio di ciascun A.T.O. nella medesima misura già indicata dalla predetta legge finanziaria. Il mancato raggiungimento di tali obiettivi viene sanzionato nel successivo art. 64, co. 6, con

Si consideri, infatti, che la Stazione appaltante ha indicato nel Capitolato speciale il miglioramento a livello quantitativo e qualitativo della raccolta differenziata quale obiettivo che intende raggiungere attraverso l'appalto *de quo*, e pertanto ha prescritto che "l'impresa aggiudicataria dovrà garantire il raggiungimento minimo di quanto indicato nel progetto offerta che comunque non potrà essere inferiore al 52% (cinquantadue per cento) di raccolta differenziata già a partire dall'anno 2011", sanzionando espressamente il mancato raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata. In altri termini la stazione appaltante ha richiesto il raggiungimento di una determinata soglia percentuale di raccolta differenziata (52%) non come requisito tecnico ai fini della partecipazione alla gara, ma come criterio per valutare l'esatta esecuzione dell'appalto.

Conseguentemente il requisito censurato appare proporzionato sia all'oggetto del contratto (*servizio di igiene urbana in un comune con popolazione di circa 20.000 abitanti*) che all'importo posto a base di gara (€ 9.000.000,00 oltre IVA) né può essere condivisa, secondo l'Autorità, la censura di distorsione del sistema di affidamento concorrenziale, attesa la possibilità per le società concorrenti con rese di raccolta differenziata inferiori al 35% di partecipare alla gara *de qua* mediante il ricorso all'A.T.I.

L'Autorità di Vigilanza, quindi, ha ritenuto la clausola del bando di gara perfettamente conforme alla normativa di settore.

un incremento del 20% del tributo per il conferimento in discarica dei rifiuti solidi di cui alla l. reg. 16.6.2006 n. 17.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Sara Rossi

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.7.2010, n. 4478.  
**Gara - esclusione - per erroneità dell'importo versato a titolo di contributo in favore dell'Autorità di Vigilanza - illegittimità.**

*E' illegittima l'esclusione di una società da una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, disposta in ragione dell'erroneità dell'importo versato da una ditta esclusa a titolo di contributo in favore dell'Autorità, quando la stazione appaltante abbia omissso ovvero abbia equivocamente indicato negli atti di gara l'importo esatto del contributo da versare.*

Grava sulla stazione appaltante l'onere di indicare con chiarezza negli atti di gara i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che tanto il principio di massima concorrenza tra le imprese quanto il perseguire il massimo interesse pubblico venga vanificato. Nello specifico caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato, la scarsa chiarezza della formulazione degli atti di gara ha causato una inesattezza contributiva, ed essendo questo il motivo dell'errore ed in virtù della tutela del legittimo affidamento, si deve concedere un termine perentorio all'impresa per integrare l'importo versato, senza incorrere nell'immediata sanzione dell'esclusione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.7.2010, n. 4436  
**Appalti di progettazione - bando - previsione secondo cui i concorrenti sono tenuti ad effettuare dichiarazioni esatte sulle referenze professionali.**

*E' illegittima la aggiudicazione di una gara per l'affidamento di un appalto di progettazione a favore di un raggruppamento temporaneo di società professionali, qualora quest'ultima abbia reso una dichiarazione non veritiera circa la sussistenza di una referenza professionale, non potendo in detta situazione invocare il c.d. "falso innocuo", applicabile in materia di gare*

*pubbliche solo nel caso in cui non incida neanche potenzialmente sull'esito della procedura pubblica.*

Uniformandosi al pensiero del giudice di primo grado, il Consiglio di Stato ritiene illegittima l'aggiudicazione e non permette di invocare il "falso innocuo", in quanto sostiene che il falso possa ritenersi innocuo nel caso in cui non sia idoneo a giustificare un provvedimento di esclusione di una gara, influenzare lo svolgimento e l'esito della stessa gara, ovvero ledere l'interesse tutelato dalla genuinità dei documenti prodotti, e pertanto vada inteso facendo specifico riferimento a quelle omissioni e difformità poste in essere dai concorrenti e non incidenti sull'esito della gara. La situazione de quo è invece quella di una dichiarazione mendace con cui si sostiene di aver svolto un incarico ad opera del professionista, quando in realtà non sarebbe stato svolto, con conseguente minore valenza ai fini della relativa aggiudicazione e comportando una esplicita violazione del bando di gara.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.7.2010 n. 4327  
**Gare - errore materiale - seggio di gara - potere di correzione - sussiste.**  
**RTI - modifica compagine - divieto - limiti - estensione.**

*È principio giurisprudenziale pacifico, che l'errore materiale di calcolo, immediatamente riconoscibile, consente al seggio di gara di apportare correzioni ai prezzi indicati e che la relativa attività deve essere posta in essere non soltanto con riferimento all'offerta del primo graduato, ma anche di quelle di tutti i concorrenti alla gara.*

*Il divieto legislativo di modificare la compagine in corso di gara riguarda soltanto l'aggiunta o la sostituzione di componenti la compagine stessa, ma non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno della stessa compagine,*

quando sia già intervenuta la verifica dei requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono più verificarsi. Inoltre la modifica in senso riduttivo della compagine soggettiva deve avvenire esclusivamente per soddisfare le esigenze organizzative proprie dell'ATI o del Consorzio, e non anche per eludere la legge di gara evitando una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente (dell'ATI stessa) che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Il Collegio nell'attribuire il generale e concreto potere-dovere alla Commissione di gara di controllo sul contenuto delle offerte, riconosce alla stessa un potere di correzione dell'evidente errore materiale contabile commesso dal concorrente nell'utilizzare i fattori di calcolo nella lista prezzi e nel computo complessivo del prezzo finale offerto per l'aggiudicazione dell'appalto. Merita pertanto conferma la statuizione emessa dal primo giudice.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.7.2010 n. 4327

**Gare - errore materiale - seggio di gara - potere di correzione - sussiste.**

**RTI - modifica compagine - divieto - limiti - estensione.**

È principio giurisprudenziale pacifico, che l'errore materiale di calcolo, immediatamente riconoscibile, consente al seggio di gara di apportare correzioni ai prezzi indicati e che la relativa attività deve essere posta in essere non soltanto con riferimento all'offerta del primo graduato, ma anche di quelle di tutti i concorrenti alla gara.

Il divieto legislativo di modificare la compagine in corso di gara riguarda soltanto l'aggiunta o la sostituzione di componenti la compagine stessa, ma non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno della stessa compagine, quando sia già intervenuta la verifica dei requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono più verificarsi. Inoltre la modifica in senso riduttivo della compagine soggettiva deve avvenire esclusivamente per soddisfare le esigenze organizzative proprie dell'ATI o del Consorzio, e

non anche per eludere la legge di gara evitando una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente (dell'ATI stessa) che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 5.7.2010 n. 4243

**Casellario informatico - iscrizioni - discrezionalità - sussiste.**

**Moralità professionale dell'impresa - dichiarazioni - interessi protetti.**

**Moralità professionale - cause di estinzione del reato - rilevanza - condizioni.**

**Regolarità fiscale e contributiva - settore previdenziale - violazioni - rilevanza.**

La più recente evoluzione giurisprudenziale ha riconsiderato la tesi del carattere meramente consequenziale e necessitato dell'iscrizione nel casellario informatico ed ha chiarito che prima di disporre l'iscrizione nel casellario, l'Autorità deve procedere alle verifiche del caso, pertanto la stessa, una volta posta a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, procede alla puntuale e completa annotazione dei contenuti nel casellario informatico, "salvo il caso che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante". Ed infatti, laddove si applicasse in modo sostanzialmente automatico l'esclusione annuale dalle gare di cui all'art. 38, co. 1, lett. h, cod. app., il quadro ricostruttivo in tal modo delineato si porrebbe in contrasto con l'art. 45, par. 2, lett. g, Dir. 2004/18/CE, secondo cui può essere escluso dalla partecipazione alla gara ogni operatore economico "che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni".

Il regime delle dichiarazioni da rendere ex art. 75, co. 2, d. lgs. 163/2006 risponde al duplice interesse pubblico alla piena conoscibilità dei fatti rilevanti e privato del dichiarante alla partecipazione alla gara. Ne discende un onere di diligenza particolarmente elevato, che impone al dichiarante di realizzare ogni condotta idonea a disporre del quadro conoscitivo più am-

*pio possibile prima di rendere la dichiarazione prodromica alla partecipazione alla gara.*

*Nei casi di decreto penale di condanna, la successiva estinzione del reato, ai sensi dell'art. 460, co. 5, c.p., pur operando ope legis, in presenza dei presupposti stabiliti da tale norma, richiede pur sempre che l'esistenza di tali presupposti sia accertata con una pronuncia del giudice dell'esecuzione su istanza dell'interessato. Ne consegue che, in difetto di una tale pronuncia giudiziale, la condanna per un reato che incide sull'affidabilità morale e professionale di colui nei cui confronti è pronunciata, costituisce, dunque, una causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 75 d.P.R. n. 554/1999.*

*Ai fini della sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva devono considerarsi gravi tutte le inadempienze afferenti al settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulla finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni relative – ad es. - alla sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero alla necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione. Viceversa deve escludersi 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, 24.6.2010, n. 4019  
**Moralità professionale - dichiarazioni - omissioni - potere di esclusione - discrezionalità - sussiste - limitazioni lex specialis - legittimità - sussiste - falso innocuo - irrilevanza - principi comunitari - irrilevanza.**

**Offerta - termine di efficacia - decorso - conseguenze.**

**Sicurezza sul lavoro - infrazioni - dichiarazioni - omissione - esclusione - discrezionalità - sussiste.**

**Moralità professionale - cause di estinzione del reato - rilevanza - condizioni.**

*Posto che l'art. 38, co. 1, lett. c, d. lgs. 163/06*

*considera causa di esclusione solo la condanna per reati gravi incidenti sulla moralità professionale, e non qualsivoglia condanna penale, una clausola del bando che genericamente richieda una dichiarazione di assenza di causa ostativa ai sensi della norma citata, giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate. Ove, invece, il bando di gara specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando. In tale ipotesi pertanto l'omessa dichiarazione di qualsivoglia condanna penale è causa di esclusione dalla gara, perché viene violata una puntuale clausola del bando posta a pena di esclusione.*

*Non può legittimamente invocarsi la teoria del falso innocuo per ovviare alla esclusione conseguente alla omissione nella indicazione di tutte le condanne penali, ove questa sia espressamente comminata dalla lex specialis. Dette prescrizioni formali appaiono infatti ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie, mirando ad accelerare la procedura di gara e a dare alla stazione appaltante certezza che non vengano commesse omissioni che rischiano se non altro di ritardare il corso del procedimento e di aumentare il contenzioso.*

*I principi di diritto comunitario, secondo cui è causa di esclusione solo la condanna per gravi reati incidenti sulla moralità professionale, non ostano a che ulteriori cause di esclusione siano previste dal legislatore nazionale o dal bando di gara, purché proporzionate e ragionevoli. Né osta a che la gara imponga adempimenti formali a pena di esclusione, in funzione di accelerazione delle procedura di gara.*

*Ai sensi dell'art. 11, co. 6, cod. app., l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la*

sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere ai concorrenti il differimento di tale termine. Il "vincolo" non significa tuttavia che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa. Pertanto, se l'offerente non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade.

Ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. e, d. lgs. 163/2006, sono causa di esclusione le "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza (...) risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio". Peraltro, il solo fatto che la violazione risulti dall'Osservatorio, non la connota di per sé in termini di gravità, dovendosi avere riguardo sia a quanto risulta in concreto dall'Osservatorio, sia alla valutazione che dell'infrazione compie, in gara, la stazione appaltante.

Ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. c, cod. app., i concorrenti non sono tenuti a indicare le condanne per le quali sia intervenuta una causa estintiva del reato. Infatti, nonostante la disposizione faccia riferimento solo alla riabilitazione e alla estinzione della condanna inflitta con sentenza di patteggiamento, tuttavia sia l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sia la giurisprudenza amministrativa, ritengono che sia rilevante qualsivoglia causa estintiva di reato, purché intervenga una formale pronuncia del giudice dell'esecuzione penale che emani il provvedimento estintivo: ne consegue che il concorrente è tenuto a dichiarare le condanne penali per le quali la causa estintiva non sia stata dichiarata dal giudice dell'esecuzione, anche se in fatto vi sono tutti i presupposti per ottenere il provvedimento estintivo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 22.6.2010, n. 3887  
**Appalti di forniture - illegittimità della clausola del disciplinare di gara - violazione libera concorrenza.**

Risulta essere illegittima la clausola del disciplinare di gara per la fornitura di pasti per refezione scolastica, nella parte in cui chiede alle partecipanti ditte la disponibilità di un centro di cottura posto nell'ambito territoriale comunale, ledendo in tal modo il principio di libera concorrenza.

Uniformandosi all'orientamento seguito dal giudice amministrativo di primo grado il Con-

siglio di Stato ribadisce come la richiesta alle ditte partecipanti ad un bando di gara per la fornitura di pasti per la refezione scolastica, sia lesivo dei principi della libera concorrenza, massima partecipazione alla gara ed economicità dell'azione amministrativa. Sufficiente risulterebbe essere la clausola nella quale si stabilivano i tempi massimi per il trasporto dei pasti e la possibilità per la stessa amministrazione di poter controllare il loro rispetto.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.6.2010, n. 3754.

**Gara - esclusione - collegamento sostanziale tra imprese - annotazione del provvedimento nel Casellario informatico presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.**

La notizia riguardante l'esclusione di alcune imprese, in quanto legate da un collegamento sostanziale, che rivela la imputazione ad un unico centro decisionale, deve essere annotata e pubblicata, tramite iscrizione nel Casellario informatico ex art. 27 co. 2 lett. t), d.P.R. n. 34/2000.

Nell'accogliere il ricorso di appello, il Consiglio di Stato trova l'occasione per puntualizzare la funzione di chiusura della norma art. 27 co. 2 lett. t) del d.P.R. n. 34 del 2000. In essa si cristallizza la regola secondo cui la notizia relativa alla esclusione di alcune imprese per collegamento sostanziale che rivela l'imputazione delle rispettive offerte ad un unico centro decisionale, merita di essere annotata e pubblicata, per il tramite dell'iscrizione al Casellario informatico, consentendo così alle stazioni appaltanti di escludere dalle proprie gare, in via di autotutela, le imprese oggetto di annotazione. Detta iscrizione ha pertanto lo scopo specifico di rendere palese la dubbia serietà ed indipendenza delle offerte di alcune imprese, segnalando, in tal modo una circostanza di estrema rilevanza per la corretta conduzione delle procedure di affidamento dei lavori pubblici (in tal senso CdS, Sez. IV, n. 5792/2004).

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.6.2010, n. 3732.  
**Commissione di gara - nomina dei componenti - ex art. 84, d. lgs. n. 163 del 2006.**

E' illegittima la composizione della Commissione giudicatrice di gara per l'affidamento di un pubblico appalto, qualora al fine della sua costituzione e dunque della scelta dei suoi

*componenti non vengano rispettati, e detenuti dagli stessi componenti, i requisiti previsti dall'art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006.*

Il caso *de quo* focalizza l'attenzione del Supremo Consesso verso i requisiti dei componenti della Commissione giudicatrice. Nel rispetto del codice dei contratti all'art. 84 si chiede che detta Commissione si componga di professionisti che da almeno 10 anni siano iscritti negli appositi albi e che siano professori universitari. E' questa la censura proposta ed accolta con il ricorso in primo grado dal TAR Sardegna. Censura di nuovo ribadita in secondo grado dal Consiglio di Stato con l'aggiunta dell'illegittimità di tutti gli atti di gara, poiché la illegittima composizione non può che comportare il travolgimento di ogni fase ulteriore di gara.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 8.6.2010, n. 3638  
**Gara - società semplici - divieto di partecipazione ex artt. 10 della l. n. 109 del 1994 e 34 del d.lgs. n. 163 del 2006 - contrasto con il diritto comunitario - non sussiste.**

*L'esclusiva partecipazione alle gare di appalto delle sole società commerciali non contrasta con il diritto comunitario, il quale afferma il principio di libertà di forma del concorrente e lascia piena libertà ad ogni Stato membro di regolare la capacità giuridica dei soggetti diversi dalle persone fisiche e di vietare ad alcune categorie la possibilità di fornire beni e servizi.*

La domanda rivolta al Consiglio di Stato si riferisce al contrasto del diritto interno con il diritto comunitario e trae origine dalla revoca, ad opera dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, della attestazione SOA per le categorie OG13 e OS24, ad una società semplice, poiché l'art. 10 della l. n. 109 del 1994 e l'art. 34 del d. lgs. n. 163 del 2006 consentono la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici alle sole società commerciali (così come definite dagli artt. 2195 e 2249 del c.c.). Detta revoca è stata oggetto del ricorso in primo grado, il quale veniva accolto in quanto detta limitazione si poneva in aperto contrasto con la disciplina comunitaria in cui ampia è la definizione di operatore economico e che vieta agli Stati membri di esigere una particolare forma giuridica dell'operatore economico per la partecipazione

alle suddette gare. Il Collegio ritiene possibile fornire un'interpretazione del quadro comunitario non ostativa al diritto interno, il quale permette la preclusione alle società semplici di partecipare alle gare di appalti pubblici. Il contrasto si sarebbe evitato *ratione temporis*, in quanto la direttiva comunitaria contenente la definizione di operatore economico è la n. 2004/18/CEE, ancora in fase di recepimento al tempo dell'emanazione dei provvedimenti impugnati e pertanto sottoposti alla precedente disciplina comunitaria regolata dalla dir. n. 93/37/CEE che reca solo il termine imprenditore senza darne alcuna ulteriore specificazione. Con l'avvento della successiva direttiva, contenente una nozione ampia di operatore economico, si esprime una libertà di forma del soggetto agente e si rinvia alla normativa nazionale di ogni Stato membro per la regolamentazione della capacità giuridica che il soggetto deve avere affinché possa fornire prestazioni sul mercato. La regola pertanto contenuta nel codice civile secondo cui la società semplice non può svolgere attività commerciale, è dunque coerente con l'art. 4, par. 1, dir. 204/18/CEE, che conferisce agli Stati membri la facoltà di autorizzare o meno determinate categorie di soggetti ad offrire prestazioni sul mercato e di riconoscere o meno a determinati soggetti la relativa capacità giuridica.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.5.2010, n. 3398  
**Gara - modalità presentazione offerte - presenza nella *lex specialis* di una clausola che ne stabilisce la modalità.**

*E' legittima l'ammissione di una impresa ad una gara di appalto per l'affidamento di un servizio quando la sua offerta sia pervenuta con una modalità differente rispetto a quella esplicitamente prevista nel bando di gara, ma sia stata comunque presentata nei giusti termini di gara. In detta situazione trova applicazione il principio del <<favour participationis>>, e pertanto non si può escludere il plico tempestivamente recapitato.*

Nonostante la reiterazione delle censure mosse in primo grado dalle appellanti di palese violazione della *lex specialis*, il Collegio ritiene infondato l'appello. Nello specifico ritiene la formulazione letterale del bando di gara non del

tutto chiara, non essendo comminata tassativamente l'esclusione per tutti quei casi in cui i pli-chi fossero sopraggiunti a mezzo di un servizio postale differente rispetto alla raccomandata, ma comunque tale da assolvere al più alto compito della prova oggettiva dell'integrità dei pli-chi stessi tale da attribuire certezza alla data di recepimento. E' dunque sulla base della *ratio* garantista che il Supremo Consesso interpreta il bando di gara ed ammette alla gara l'impresa, il cui plico è stato presentato a mezzo di posta prioritaria in autoprestazione ex art. 8 del d. lgs. n. 261 del 1999.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.5.2010, n. 3364  
**Appalti di servizi – dimostrazione requisiti soggettivi - ex art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006.**

*La mancanza del possesso di uno specifico requisito generale di partecipazione alla procedura di affidamento del servizio legittima l'esclusione dell'impresa dalla gara.*

L'appellante impugna la sentenza di primo grado con la quale era stata confermata la sua esclusione dalla gara, contestando la sussistenza di un obbligo a suo carico circa la presentazione dei requisiti ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, da parte del proprio responsabile tecnico. Le differenze di disciplina tra il campo dei lavori pubblici e quello delle imprese di pulizia, cui è possibile ricondurre la situazione in cui verte l'appellante, non sono assolutamente significative ed è dunque possibile equiparare il responsabile tecnico dell'impresa di gestione dei rifiuti con il preposto alla gestione tecnica dell'impresa di pulizie, ed è a detto soggetto che l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 si riferisce. Il Supremo Consesso ritiene, pertanto, che quando la norma richieda che lo specifico requisito sia posseduto dal direttore tecnico, detto requisito nelle imprese di servizi deve essere posseduto dalle figure tipiche di tali categorie, in quanto pur essendo nominalmente diverse sono sostanzialmente analoghe in virtù dei compiti di cui sono investite ai fini dell'appalto.

Consiglio di Stato, Sez. V, 25.5.2010, n. 3311  
**Bando lettera d'invito - clausola con l'obbligo della presentazione delle offerte di ribasso con quattro cifre decimali.**

*Qualora il bando di gara prescriva per l'affi-*

*damento di un appalto che il ribasso debba essere formulato con quattro cifre decimali, sono comunque ammissibili le ditte la cui offerta con ribasso sia formulata con un numero di cifre inferiore a quattro e non anche superiore.*

La ricorrente denuncia l'illegittimità della mancata esclusione di tutte le imprese che avevano indicato percentuali di ribasso di offerta con un numero di decimali inferiore a quattro, sebbene prescritto dal disciplinare di gara, adducendo quale motivazione la violazione del principio di inderogabilità delle disposizioni della *lex specialis*. Nell'ammettere il discostarsi dalla puntuale applicazione del disciplinare di gara, e dunque nel non accogliere il ricorso, il Consiglio di Stato fa riferimento all'attività interpretativa in generale, così come disciplinata dal codice civile all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui il significato delle parole va ricercato tenendo conto dell'intenzione dell'autore della disposizione. Sulla base di questo si può escludere la legittimità di ogni interpretazioni al di fuori di ogni logica e razionalità. L'ammissibilità dell'offerta di ribasso con cifre inferiori a quattro trova giustificazione nella mancanza di alterazione dell'offerta e dunque nella sua coerenza logica razionale con quanto previsto nel disciplinare di gara, cosa invece non rinvenibile nel caso in cui l'offerta avesse più di quattro cifre decimali e dunque volta non a semplificare ma bensì a complicare il calcolo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.5.2010, n. 3203.  
**Gara - Conservazione della documentazione di gara ed offerte - necessità.**

*Risulta essere illegittima l'aggiudicazione di una gara d'appalto qualora i lavori della Commissione si siano protratti a lungo termine tanto da dover sospendere la gara stessa, nel caso in cui tutta la documentazione, in detti periodi di sospensione, non sia stata sigillata onde poter evitare anche solo il "pericolo" di manomissione.*

Il Consiglio di Stato si associa all'orientamento seguito dal giudice di primo grado a cui è stata rivolta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione della gara, poiché dalla pubblicazione all'aggiudicazione erano intercorsi due anni e non si riteneva idoneamente garantito il princi-

pio di custodia e di segretezza delle offerte e dei plichi dei concorrenti. Il Supremo Consesso ripercorrendo l'iter seguito dal TAR Liguria, tiene a precisare come nel verbale di gara manchi la menzione esplicita circa la modalità di conservazione, con cautele particolari, dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche (così come già in precedenza si era espresso, CdS, V, 12.12.2009, n. 7804). Il pericolo cui, in questo modo, sono esposti tanto la segretezza delle offerte, quanto il rispetto della *par condicio* di tutti i concorrenti, è appunto il rischio di manomissione, il quale fa venir meno l'ossequio del sommo principio costituzionale cui l'azione amministrativa deve ispirarsi ovvero del buon andamento e dell'imparzialità (art. 97 cost.). In detta decisione non sono riscontrabili caratteri innovativi, inserendosi a pieno nel precedente pensiero della giurisprudenza amministrativa (CdS, V, 20.3.2008, n. 1219).

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.5.2010, n. 3208.  
**Bando e lettera d'invito - divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta - individuazione.**

*Costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione vista l'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese affidabili ed in virtù dell'applicazione del canone della *par condicio*, ostativo ad asimmetrie pregiudiziali di tipo soggettivo, con la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli riguardanti l'offerta e l'aggiudicazione*

La posizione assunta dal Consiglio di Stato si inserisce a pieno nell'orientamento consolidato dello stesso Supremo Consesso (in tal senso CdS, V, 14.10.2008, n. 4971). L'appello proposto dalla ricorrente impresa che assumeva l'illegittimità della procedura di gara, va rigettato in quanto carente di interesse, poiché l'accoglimento della censura potrebbe soltanto comportare la diminuzione dello scarto di punteggio tra le due concorrenti, ma non anche un azzeramento totale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.5.2010, n. 3213  
**Bando e lettera d'invito - dichiarazione possesso di requisiti soggettivi - clausole che prevedono l'esclusione nel caso della loro violazione - illegittimità.**

*Nella materia dell'evidenza pubblica, quanto prescritto nel bando di gara in materia di requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche deve essere interpretato nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, le quali cristallizzano delle situazioni di compromissione della libertà di iniziativa economica, ex art. 41 della Costituzione. Pertanto in assenza di tale norma e per il principio di soggettività e personalità della responsabilità, non si può escludere l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni circa la posizione soggettiva della cedente.*

Le clausole contenute nel bando di gara sono soggette a stretta interpretazione, dovendosi dare assoluta prevalenza alle espressioni letterarie in esso contenute e restando al di fuori ogni forma di interpretazione analogica che sia volta ad evidenziare significati impliciti che rischierebbero di compromettere la *par condicio* dei concorrenti e dunque l'affidamento dei partecipanti (in senso conforme CdS, V, 28.9.2005, n. 5194; Sez. V, 13.1.2005, n. 82; Sez. IV, 15.6.2004, n. 3903; Sez. VI, 2.4.2003, n. 1709). E' questo il pensiero palesato dal Supremo Consesso amministrativo nella controversia sottoposta alla sua attenzione, recante la situazione di esclusione di un'impresa che aveva partecipato ad un bando di gara per la l'affidamento di un servizio di trasporto, poichè aveva ommesso di presentare la dichiarazione riguardante l'assenza di cause di esclusione del ramo d'azienda con il quale partecipava alla suddetta gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.5.2010, n. 3222  
**Gara - esclusione - situazione di amministrazione controllata dell'impresa esclusa.**

*E' illegittima l'esclusione da una gara per l'affidamento di un appalto pubblico di un'impresa a causa del suo stato di amministrazione controllata. Detto stato rappresenta una mera modalità per porre rimedio e dunque recuperare la vita economica attiva della stessa*

*impresa che verte in uno stato di crisi non equiparabile in alcun modo alla situazione di fallimento o di altre procedure concorsuali.*

L'appello proposto dall'ente pubblico economico, Azienda Speciale del comune di Sanremo, è volto a ricondurre tra le fila di una causa di esclusione lo stato di amministrazione controllata in cui verte l'impresa partecipante al bando di gara. Di contro il Consiglio di Stato, tenendo conto dell'effettiva finalità per la quale detta situazione si viene a creare, ovvero il ripristino dell'attività economica di un'impresa in crisi che si attua non alla fine della attività della vita della stessa impresa -come avviene invece per le procedure concorsuali- ritiene contraddittoria una simile esclusione poiché in contrasto con i fini risanativi di detto intervento e pertanto respinge l'appello. Non è, dunque, da considerarsi quale causa esclusiva in via preventiva la situazione di amministrazione controllata di un'impresa, volta, di contro, a porre rimedio ad una momentanea situazione di difficoltà e non è in alcun modo parificabile al fallimento ne tanto meno alle altre situazioni concorsuali. Qualora nel sistema di aggiudicazione di gara sia prevista una valutazione complessiva delle imprese e dunque anche della situazione tecnica ed economica può, detta situazione, essere tenuta in debito conto ai fini dell'attribuzione del punteggio valutativo.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 17.5.2010, n. 3125.  
**Gara - esclusione - ex art. 38 co. 1, lett. h) d. lgs. n. 163 del 2006.**

*E' legittima la revoca dell'aggiudicazione di una gara d'appalto disposta nei confronti di un raggruppamento temporaneo di imprese nel caso in cui una delle imprese riunite ha riportato, nel precedente anno, un'annotazione nel Casellario giudiziario per false dichiarazioni rese in una precedente procedura di gara, a decorrere dall'annotazione stessa.*

L'appello prospettato dall'odierna appellante si basa sulla legittimità della propria partecipazione alla gara *de quo*, in virtù dello spirare del termine sanzionatorio di interdizione dalla partecipazione alle gare dovendo detto termine cominciare a decorrere dal giorno del verificarsi della falsità. Di differente avviso è tanto il giudice di primo grado quanto detta Sezione del

Consiglio di Stato, la quale sostiene l'inizio della decorrenza di detto termine dal giorno della annotazione nel Casellario, prendendo in considerazione esclusivamente quelle esclusioni certificate dall'Autorità di vigilanza.

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.5.2010, n. 2829.  
**Appalti e servizi - affidamento senza gara del servizio di igiene urbana a due cooperative.**

*Sono da considerarsi illegittime le delibere del comune con le quali si affidava il servizio di igiene pubblica senza gara, ex art. 5 della L. n. 381 del 1991, a due cooperative.*

I giudici di Palazzo Spada riconfermano l'orientamento del giudice di primo grado, il quale non riconduce la fattispecie sotto l'art. 5 co. 1 della l. n. 381 del 1991 sull'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate. La situazione *de quo*, ovvero i servizi di igiene urbana attinenti alla raccolta ed il trasporto di rifiuti rientrano tanto dal punto di vista soggettivo, in quanto riconducibili alla competenza diretta del Comune, quanto sul piano oggettivo, in vista dell'assoggettamento dell'attività sussumibile come servizio pubblico, alla disciplina settoriale che assicura costantemente il conseguimento di fini prettamente sociali idonei a soddisfare una indifferente platea di utenti. Detto servizio va pertanto ricompreso a pieno nella definizione di servizio pubblico e come tale soggetto alla disciplina in materia di contratti. I suddetti Giudice ricordano come la deroga valga soltanto per la "fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi" nel caso in cui l'ente debba acquistare beni e servizi in proprio favore e non anche affidare a soggetti diversi lo svolgimento di servizi da destinare a terzi.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.5.2010, n. 2814.  
**Atto amministrativo - accesso agli atti di gara di appalto - ex art. 13 co. 5 d. lgs. n. 163 del 2006.**

*E' da ritenersi legittimo il provvedimento con il quale, ex art. 13 co. 5 d. lgs. n. 163 del 2006, si respinge l'istanza di accesso all'offerta presentata da una ditta in una gara di appalto ed ai verbali recanti la valutazione della stessa, nel caso in cui il giudice amministrativo non sia stato chiamato ad apprezzare i termini*

dell'offerta di cui è stata chiesta l'esibizione e ne tanto meno la legittimità della valutazione che della stessa ha dato la stazione appaltante. In detta situazione viene di fatto meno l'interesse alla conoscenza di quegli atti nella prospettiva della compiuta elaborazione di un'efficace strategia difensiva.

La specifica disposizione normativa ha la funzione di evitare che l'accesso alla documentazione abbia uno scopo differente rispetto a quello originario di prendere visione della stessa offerta, utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto. Detta conoscenza non deve essere infatti utilizzata per conseguire un indebito vantaggio. Il co. 5 subordina inoltre il funzionamento della suddetta causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti ai quali altri intendono accedere; la norma ritiene, pertanto, che si tratti di informazioni integranti, sulla base di una motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.5.2010, n. 2503  
**Autorità di vigilanza sui contratti pubblici - atti della stessa Autorità non aventi contenuto provvedimentale e non autonomamente impugnabili.**

*E' inammissibile il ricorso proposto contro una deliberazione assunta dal Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici. La delibera ha infatti natura non provvedimentale e come tale è priva di reale e concreta attitudine lesiva e non sono direttamente impugnabili.*

Il giudice amministrativo di primo grado ha accolto il ricorso reputando l'atto impugnato illegittimo, in quanto non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, oltre che conseguentemente, per ritenuto difetto di istruttoria, disattendendo completamente l'eccezione di inammissibilità dedotta dalla convenuta Autorità. Di contro il Collegio condivide l'assunto secondo cui la natura dell'atto - delibera dell'Autorità sui contratti pubblici - sia privo di reale e concreta attitudine lesiva, avendo essenzialmente funzione di contribuire all'orientamento dei comportamenti degli operatori del settore dei lavori pubblici, e conclude, pertanto per l'accoglimento dell'inammissibilità del ricorso proposto in primo grado.

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.4.2010, n. 2188  
**Gara con due concorrenti - aggiudicazione automatica della gara all'unico concorrente rimasto.**

*Nel caso in cui, in una gara con solo due concorrenti, successivamente ad un giudizio del giudice amministrativo, ne sia rimasta in gara una sola, la sua offerta dovrà essere valutata dall'Amministrazione sulla base della sua congruità così come richiesto dalla lex specialis, non potendo aggiudicare la gara all'unica concorrente rimasta, quale effetto conformativo della decisione.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 7.4.2010, n. 1914.  
**Trattativa privata - vendita di un fondo - in favore dell'affittuario coltivare diretto, titolare di un diritto di prelazione.**

*E' legittima la delibera e dunque l'iniziativa stessa adottata dall'Ente, nel caso di vendita di un fondo a trattativa privata in favore di un unico soggetto affittuario e coltivatore al momento della cessione in proprietà, che gode del diritto di prelazione all'acquisto.*

Il Consiglio di Stato, rigetta l'appello e conferma l'orientamento del Giudice di primo grado, ritenendo legittimo il comportamento dell'Ente essendo l'affittuario e coltivatore del fondo, l'unico offerente ed essendo soggetto privilegiato ai fini della continuità della conduzione del medesimo fondo.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 2.4.2010, n. 1893.  
**Bando e lettera d'invito - previsioni del sistema delle c.d. giustificazioni preventive delle offerte - Esclusione per inosservanza di tale previsione - ex art. 86, co.5, d. lgs. n. 163 del 2006.**

*E' legittima l'esclusione dalla gara nel qual caso, pur essendo espressamente previsto nel bando di gara, le offerte siano sprovviste sin dalla loro presentazione dalle c.d. giustificazioni preventive.*

Il giudice di secondo grado nell'accogliere l'appello e dunque nel riformare la sentenza di primo grado, sostiene la legittimità della clausola del bando di gara che impone la presentazione di giustificazione dell'eventuale anomalia a corredo dell'offerta da redigersi in conformità

di quanto prescritto nel bando di gara stesso, infatti, l'eventuale difformità ne legittima l'esclusione. La giustificazione risponde tanto alle esigenze di accelerazione quanto a quelle di semplificazione e non contrasta in alcun modo con il diritto comunitario.

TAR Campania, Na, Sez. I, 14.7.2010, n. 16776  
**Stipula - termine - inosservanza - aggiudicazione - illegittimità - non sussiste.**

*L'inosservanza del termine di trenta giorni per la stipulazione del contratto ai sensi dell'art. 11 d. lgs. 163/2006 non incide in alcun modo sulla validità dell'aggiudicazione ovvero sulla efficacia del successivo atto negoziale, ove sia riscontrata la legittimità dell'aggiudicazione, potendo unicamente rilevare ai fini della valutazione delle responsabilità, anche risarcitorie, conseguenti ad una illegittima aggiudicazione.*

TAR Lazio, Sez. II, 28.6.2010, n. 21596  
**Gare - false attestazioni - falso innocuo - rilevanza - estensione**

*Rileva nel diritto amministrativo la teoria del falso innocuo al fine di accertare l'irrilevanza funzionale ed ex ante (anche solo potenziale) di una dichiarazione non veritiera, resa al fine di ottenere un vantaggio dall'Amministrazione (fattispecie relativa alla falsa attestazione da parte di un professionista di referenze maturate non già individualmente, bensì quale collaboratore di una società, falsità giudicata idonea a rendere illegittima l'aggiudicazione).*

TAR, Molise, Sez. I, 23.6.2010, n. 236  
**Gara - esclusione - grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara - ex art. 38 co. 1, lett. f) d. lgs. n. 163 del 2006.**

*E' legittimo il provvedimento di esclusione di un'impresa da una gara di appalto di servizi in virtù della contestazione di negligenza e grave irregolarità e/o grave inadempimento nell'esecuzione di un precedente rapporto contrattuale, effettuata nei confronti della medesima ditta, nel caso in cui detta negligenza ed irregolarità siano stati adeguatamente documentati ed immediatamente contestati alla ditta stessa, e quest'ultima non abbia provveduto alla loro confutazione.*

La Commissione di gara, in virtù di un precedente comportamento negligente dell'impresa prontamente contestava con apposita documentazione tale negligenza, e la escludeva ex art. 38 co. 1 lett. f), d. lgs. n. 163 del 2006. La ditta in questione aveva eseguito, con grave negligenza e malafede, le prestazioni ad essa affidate da un bando di gara precedente, situazione di grande rilevanza esterna, tanto per l'affidabilità dell'impresa quanto per l'immagine della stessa amministrazione. Detta ragione postulando una carenza di interesse ne legittima l'esclusione in mancanza della idoneità tecnico-morale richiesta alle partecipanti.

TAR, Lombardia, Mi, Sez. I, 17.6.2010, n. 1923  
**Offerta prezzi unitari - omessa espressione di tali prezzi in lettere - nel caso in cui il bando non preveda detta omissione quale causa di esclusione dalla gara.**

*Nelle gare per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, legittimamente la stazione appaltante non esclude l'impresa, che nel presentare l'offerta non abbia espresso in cifre ed in lettere i prezzi unitari, ma che abbia invece espresso correttamente tanto in cifre quanto in lettere gli importi totali e la percentuale di ribasso, nel caso in cui la lex specialis non la preveda espressamente come causa di esclusione.*

Il consolidato orientamento del giudice d'appello cui il Collegio intende aderire con detta pronuncia ritiene che nelle gare per l'affidamento di appalti di lavori pubblici la mancata indicazione in lettere dei prezzi unitari non può essere considerata quale causa di infrazione eventualmente più grave dell'eventuale discordanza con il dato in cifre, posto che il dato mancante può essere ricavato con la semplice operazione matematica di applicazione della percentuale di ribasso (in tal senso CdS, V, 10.11.2003, n. 7134).

TAR, Toscana, Sez. I, 10.6.2010, n. 1803  
**Gara- esclusione - mancanza del requisito della regolarità fiscale - ex art. 38 co. 1, lett. g) d. lgs. n. 163 del 2006.**

*E' legittimo il provvedimento di esclusione di un'impresa che versi in una situazione di irregolarità fiscale, anche se il debito definitivamente accertato è di modesta entità.*

La formulazione della disposizione si riferisce ad ogni violazione anche di importo esiguo, senza che ne sia consentita la discrezionale valutazione della buona o mala fede del contribuente, in quanto detta valutazione risulta essere stata effettuata a monte dal legislatore nel redigere detta norma. Così si esprime il giudice amministrativo di primo grado investito della domanda di annullamento dell'esclusione della ricorrente. L'autorità giudiziaria in questione non fa che inserirsi in un filone ben preciso di opinioni, delineato al massimo livello amministrativo dal Consiglio di Stato che esclude in capo all'amministrazione la facoltà discrezionale dell'apprezzamento della gravità dell'infrazione (in tal senso CdS, Sez. V, 23.3.2009, n. 1755).

TAR, Basilicata, Sez. I, 28.5.2010, n. 325

**Bando e lettera d'invito - illegittimità di una clausola che predisponga l'esclusione automatica delle imprese che abbiano contestazioni con l'ente.**

*La previsione all'interno del bando di gara di una specifica clausola che sanzioni con l'esclusione automatica dalla procedura ad evidenza pubblica le imprese che abbiano un contenzioso con l'Ente, è illegittima in quanto lede il principio costituzionale di libertà d'impresa ed iniziativa economica ex art. 41 della costituzione, e contrasta inoltre con la piena tutela in giudizio dei diritti ed interessi, art. 24 della costituzione.* Secondo il Supremo Consesso amministrativo le prescrizioni che limitano la partecipazione di imprese a gare d'appalto sono da considerarsi legittime soltanto se adottate nel rispetto dei criteri di necessità, idoneità ed adeguatezza, determinando un elenco tassativo dei casi di esclusione. Alla luce di tutto ciò, si desume l'illegittimità della clausola che statuisce l'esclusione delle imprese "che abbiano in corso contestazioni per altri contratti del genere, o che si trovino comunque in causa con l'ente stesso per qualsiasi altro motivo", in quanto ridurrebbe l'effettiva concorrenza tra le imprese del settore senza alcun beneficio per il pubblico interesse, lederebbe la piena tutela dei diritti ed interessi ex art. 24 della Costituzione e comprimerebbe l'iniziativa economica come da art. 41 della Costituzione. Tuttavia il Collegio è consapevole

che la disposizione, art. 68 R.D. 23/5/1924 n. 827, ferma la possibilità di escludere dalla proponibilità di fare offerte le persone o le ditte che nell'eseguire un altro contratto si siano rese colpevoli di negligenza e malafede, può essere interpretata e conseguentemente applicata nel rispetto del quadro ordinamentale vigente.

TAR, Campania, Na, Sez. I, 27.5.2010, n. 9742  
**Gara - affidamento di campi sportivi - revoca - legittimità.**

*E' legittimo il provvedimento attraverso il quale veniva revocata una gara pubblica con oggetto l'affidamento in gestione di campi da tennis di proprietà comunale, adducendo come motivazione il fatto che il bando di gara limitasse la possibilità di partecipazione alle sole associazioni dilettantistiche presenti sul territorio comunale.*

Il ricorso presentato al giudice di primo grado è volto a censurare il criterio selettivo di accesso alla selezione, il quale pur rientrando nella sfera discrezionale dell'Amministrazione restringe il numero dei possibili partecipanti alle sole associazioni sportive con sede nel territorio comunale rendendo dunque irragionevole e discriminatoria detta clausola, poiché venivano violati i principi di imparzialità, parità di trattamento e di massima partecipazione.

TAR, Puglia, Ba, Sez. I, 21.5.2010, n. 1972.

**Gara - esclusione - per mancata allegazione della copia del documento di identità alla offerta - ex art. 38 co. 3 d.P.R. 28.12.2000, n. 445 - illegittimità.**

*E' illegittima l'esclusione da una gara di appalto disposta perché una ditta non inseriva la fotocopia del documento d'identità del suo titolare nella busta contenente l'offerta.*

E' principio generale quello secondo cui le istanze o le dichiarazioni, per le quali sia richiesto di allegare il documento di identità, nel caso in cui siano rese dalla stessa persona in uno stesso procedimento e facciano parte di uno medesimo insieme probatorio, non sia necessario che siano ognuna accompagnate da una fotocopia del documento. Il suddetto principio è volto ad evitare che il rispetto della formalità prescritta dall'art. 38 del d.P.R. 28.12.2000, n. 445, rischi di divenire motivo di illogica ed ir-

ragionevole esclusione frutto di un mero formalismo che non tiene in debito conto del principio dello *ius participationis*.

TAR, Lazio, Sez. III *quater*, 18.5.2010, n. 11999  
**Gara - ammissione di due imprese - mancanza di elementi univoci e concordanti da cui si desume l'esistenza di un collegamento formale - legittimità.**

*Sono da considerarsi legittimi tanto il provvedimento di ammissione ad una gara di appalto di due società nel caso in cui non esistano elementi univoci e concordanti da cui si possa desumere l'esistenza fra le stesse di un collegamento formale, così come è legittimo un bando di gara che non preveda esplicitamente l'esclusione in presenza di una situazione di controllo e collegamento tra due imprese che partecipano alla stessa gara, essendo in tal caso di diretta applicazione l'art. 34, co. 2, del codice dei contratti pubblici.*

La legittimità del provvedimento impugnato si desume dall'impossibilità di ricondurre le due società ad un unico centro decisionale, tale da costituire una situazione di controllo e collegamento tra le due. Doveroso è il ribadire ad opera del giudice di primo grado che la *lex specialis* non debba essere considerata illegittima per carenza di previsione al suo interno di una disposizione recante quale causa di esclusione la presenza di controllo e collegamento, in quanto soccorre il meccanismo di integrazione automatica (così trasposto dal diritto civile, nello specifico dagli artt. 1374 e 1339 c.c.) secondo cui l'efficacia autonoma delle predette disposizioni colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla PA. L'art. 34, co. 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, è una disposizione avente carattere di ordine pubblico, che come tale gode di diretta applicazione a prescindere dall'esplicito richiamo nello stesso bando di gara.

TAR, Puglia, Ba, Sez. I, 17.5.2010, n. 1898  
**Appalti di servizi - affidamento diretto - mediante il sistema dell'*in house providing*.**  
*Ex art. 3 co. 27 della l. n. 244 del 2007, è illegittima la costituzione da parte di un'Azienda sanitaria locale di una società interamente pubblica alla quale è stato affidato, senza pre-*

*vio esperimento della gara, lo svolgimento del servizio di pulizia, sottraendolo in tal modo al mercato per i successivi anni.*

Il ricorso con il quale la società ricorrente già appaltatrice dei servizi di pulizia, ausiliario e portierato, impugna gli atti con cui l'Azienda sanitaria foggiana dispone l'affidamento del servizio ad una società personale costituita ed interamente controllata dalla stessa Azienda, risulta essere fondato in merito e pertanto accolto. In virtù del disposto normativo della l. n. 244 del 2007, le pubbliche amministrazioni non possono costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali, categoria in cui non è possibile ricomprendere il servizio della pulizia oggetto della controversia. I servizi di pulizia sono pertanto servizi generici, comuni e strumentali all'esercizio di qualunque attività pubblica e come tale il loro affidamento costituisce un appalto di servizi e come tale è soggetto alle regole dettate dal codice dei contratti pubblici e dalle direttive comunitarie in materia di appalti, volti alla tutela della concorrenza ed alla massima apertura dei mercati.

TAR, Emilia Romagna, Bo, Sez. I, 26.4.2010, n. 3831.

**Gara - aggiudicazione - criterio offerta economicamente più vantaggiosa - esclusione per irregolarità insanabile.**

*E' legittima l'esclusione di un'impresa da una gara pubblica per l'affidamento di un appalto di servizi, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui l'offerta sia stata presentata con una irregolarità insanabile.*

L'esclusione dell'impresa, così come statuita dal TAR Emilia Romagna, trae giustificazione dalla mancanza di obiettività di giudizio in cui la Commissione, seppur involontariamente è venuta a trovarsi. Infatti la presentazione dell'offerta dell'impresa in una busta del tutto trasparente rende leggibile l'offerta in essa contenuta, inficiando così le successive fasi di valutazione delle offerte tecniche. Il giudice di primo grado ribadisce in questa sede come in una gara basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa i principi della pari-

tà di condizioni tra i concorrenti e del regolare ed imparziale svolgimento della gara possono essere rispettati solo ed esclusivamente se l'offerta economica resta segreta fino a quando non siano state valutate le situazioni di ammis-

sibilità dei concorrenti in gara. La irregolarità con cui la concorrente ha presentato la sua offerta inficia detta obiettività e pertanto è da considerarsi legittima la sua esclusione.

«.....GA.....»

## - SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

Corte Costituzionale, 23.4.2010, n. 142

**Servizio Idrico Integrato - pianificazione d'ambito - tutela della concorrenza.**

**Servizio Idrico Integrato - disciplina della tariffa - tutela dell'ambiente.**

*In tema di servizio idrico integrato, la pianificazione d'ambito, attribuita dal d. lgs. n. 152 del 2006 al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, deve essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, perché è strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio e ha, perciò, lo scopo di consentire il concreto superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, al fine di inserire armonicamente tale gestione in un più ampio quadro normativo diretto alla razionalizzazione del mercato del settore.*

*La disciplina della tariffa del servizio idrico integrato contenuta nell'art. 154 del d. lgs. n. 152 del 2006 è ascrivibile, in prevalenza, alla tutela dell'ambiente e alla tutela della concorrenza, materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Attraverso la determinazione della tariffa nell'ambito territoriale ottimale, il legislatore statale ha fissato, infatti, livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale e le altre finalità tipicamente ambientali individuate dagli artt. 144 (Tutela e uso delle risorse idriche), 145 (Equilibrio del bilancio idrico) e 146 (Risparmio idrico) dello stesso decreto legislativo.*

*Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1, lett. b), della legge della Regione Lombardia 29.1.2009, n. 1, nella parte in cui aggiunge la lett. h-ter) al co. 1 dell'art. 44 della legge della stessa Regione 12.12.2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche) ed assegna alla competenza regionale «la verifica del piano*

*d'ambito e dei suoi aggiornamenti, approvati dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'art. 48, co. 2, lett. b), ferme restando le funzioni dell'Autorità di cui all'art. 149, co. 6, del d.lgs. n. 152 del 2006».*

*Va dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 8 della legge della regione Lombardia 29.1.2009, n. 1, nella parte in cui essi modificano gli artt. 48 e 51 della legge reg. n. 26 del 2003, prevedendo, rispettivamente, che: a) l'Autorità d'ambito «determina il sistema tariffario d'ambito in conformità alle prescrizioni regionali che tengono conto anche dell'esigenza di graduare nel tempo le eventuali variazioni tariffarie e articolare la tariffa per zone territoriali e soggetti svantaggiati» (art. 48, co. 2, lett. e); b) il sistema tariffario è determinato dall'Autorità d'ambito in conformità alle prescrizioni regionali (art. 51, co. 1). Tali disposizioni, stabilendo che la tariffa del servizio idrico integrato sia determinata sulla base delle prescrizioni dell'amministrazione regionale, si pongono in contrasto con l'art. 117, co. 2, lettere e) ed s), cost., in base al quale lo Stato ha competenza legislativa esclusiva nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente.*

Cassazione, Sez. Trib., 14.4.2010, n. 8856

**Moratoria fiscale ex art. 66, co. 14, d.l. 331/1993 - società di gestione di servizi pubblici locali - condizioni.**

*La moratoria fiscale prevista dall'art. 66, co. 14, del d.l. n. 331 del 1993, conv. in l. 427 del 1993, nei confronti delle società per azioni e delle aziende speciali istituite ai sensi degli artt. 22 e 23 l. n. 241 del 1990, riguarda i soli tributi erariali, come si evince dal fatto che l'esenzione in questione è subordinata al rispetto delle condizioni dettate dai co. 70 e 73 dell'art. 3 l. n. 549 del 1995, norme queste ultime attraverso le quali il legislatore ha disciplinato il passaggio dal regime fiscale agevolato a quello ordinario, esclusivamente in relazione alle imposte sui redditi. (In applicazione del principio, la S.C. ha respinto il ricorso di un consorzio intercomunale che richiedeva l'applicazione della*

*moratoria relativamente all'i.c.i.).*

Cassazione, Sez. Un., 7.4.2010, n. 8255

**Organismo di diritto pubblico - condizioni - società consortile per azioni - esclusione.**

*Ai sensi dell'art. 3, co. 26, d. lgs. 12.4.2008, n. 163 (codice dei contratti pubblici), perchè si abbia un organismo di diritto pubblico debbono sussistere tre condizioni, che devono ricorrere cumulativamente secondo la interpretazione data dal giudice comunitario, e precisamente: 1) che l'organismo (anche in forma societaria) venga istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) che sia dotato di personalità giuridica; 3) che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.*

*Una società consortile per azioni partecipata da capitali pubblici, che realizza e gestisce un centro mercatale, non è un organismo di diritto pubblico, poiché essa svolge attività commerciale in regime di concorrenza, sostenendo il conseguente rischio d'impresa. Pertanto, le controversie tra tale società e terzi privati sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.*

Cassazione, Sez. Un., 25.3.2010, n. 7160

**Concessione pubblici servizi - determinazione indennità - ripartizione giurisdizione.**

*In materia di concessione di pubblici servizi – anche alla stregua della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 33 d. lgs. n. 80 del 1998, (come modificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000) – le controversie concernenti indennità, canoni od altri corrispettivi, non rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché riservate alla giurisdizione del giudice ordinario – secondo un criterio di riparto già presente nell'art. 5, co. 2, della l. n. 1034 del 1971, prima delle modifiche apportate dall'art.*

*33 del d. lgs. n. 80 del 1998 - sono solo quelle a contenuto meramente patrimoniale, e cioè quelle nelle quali non venga in rilievo il potere della PA a tutela di interessi generali. Ove, invece, si realizzi detta ultima ipotesi, perché la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della PA sul rapporto sottostante, ovvero la verifica dell'esercizio di poteri discrezionali di cui essa gode nella determinazione di indennità, canoni o altri corrispettivi, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.*

Consiglio di Stato, V, 23.6.2010, n. 3975

**Servizio di distribuzione del gas - previsione nel bando dell'ammortamento degli investimenti nel termine di 12 anni - legittimità.**

*E' legittima l'imposizione contenuta nel bando di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale nell'ambito del territorio comunale, con cui si prevedono piani di ammortamento degli investimenti sulla rete di distribuzione tali da concentrare l'ammortamento stesso nel breve periodo di 12 anni di affidamento del servizio, in quanto l'art. 14, co. 7, del d. lgs. n. 164/200 non vieta all'ente locale di introdurre prescrizioni sui contenuti dell'offerta relativi all'ammortamento e consente agli offerenti di modulare l'ammortamento degli investimenti secondo le proprie strategie tecnico-economiche. Tale essendo la corretta esegesi del dato normativo, la scelta adottata, in seno al combinato disposto del bando di gara e della lettera di invito, di imporre l'ammortamento accelerato in 12 anni, non incorre in un giudizio negativo sul piano della ragionevolezza e della congruità avuto riguardo, alle circostanze specifiche che connotano la procedura in parola. Se ne desume che non risulta neanche sotto questo aspetto censurabile la decisione dell'amministrazione di prevedere un limite temporale agli ammortamenti ammissibili che non è assoluto e, soprattutto, non irragionevole alla luce delle condizioni dell'impianto e della possibilità di incentivare la partecipazione, con offerte competitive, alla procedura selettiva.*

*Il legislatore non ha predeterminato il valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, lasciando spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione*

da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete.

Consiglio di Stato, V, 22.6.2010, n. 3890

**Servizio di distribuzione del gas - predisposizione del bando - discrezionalità.**

*Nelle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, spetta alla pubblica amministrazione un'ampia discrezionalità nel determinare gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete, salvo macroscopica irragionevolezza dei relativi criteri. Alla luce del combinato disposto degli artt. 14 del d. lgs. n. 164/00 e 83 del d. lgs. n. 163/00, si desume che il legislatore non ha inteso pre-determinare il valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, lasciando spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete. In tal senso depongono anche il "considerando" 46 della direttiva CEE 2004/18, il quale con riguardo all'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa espressamente riconosce che la concreta determinazione dei relativi criteri economici e qualitativi dipende dall'oggetto dell'appalto.*

*Un singolo comune può legittimamente bandire isolatamente la propria procedura ad evidenza pubblica di affidamento del servizio anche in assenza dei criteri di gara e di valutazione dell'offerta e della previa identificazione dei bacini ottimali di utenza di cui all'art. 46 bis del d.l. 1.10.2007, n.159, convertito dalla l. 29.11.2007 n. 222.*

Consiglio di Stato, V, 21.5.2010, n. 3216

**Concessione del servizio di distribuzione del gas - proroga periodo transitorio ex art. 23 d.l. 273/2005 - tutela della concorrenza.**

*La proroga del periodo transitorio al termine del quale devono cessare anticipatamente le*

*concessioni di distribuzione del gas, prevista dall'art. 23 del d.l. 273/2005 è conforme al principio di apertura del mercato del gas alla concorrenza disciplinato dalla Dir.CE n. 2003/55; in quanto, tale proroga non varia in maniera significativa le scadenze precedenti tanto da comportare conseguenze sfavorevoli, anche economiche, inaccettabili in capo ai singoli ed alle imprese e tanto da violare il principio di certezza del diritto.*

*In materia di tutela della concorrenza per valutare se una legge dello Stato ha invaso le prerogative legislative riservate alle regioni in altre materie, non si deve valutare se essa sia o meno di estremo dettaglio, utilizzando principi e regole riferibili alla disciplina della competenza legislativa concorrente delle Regioni, ma occorre invece accertare se la disposizione sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale (c.d. materia trasversale). Pertanto, la proroga del termine di cessazione delle concessioni di distribuzione del gas ex art. 23 del d.l. 273/2005 non comporta un'invasione delle competenze regionali da parte dello Stato poiché, a prescindere dalla natura di dettaglio della previsione, è stata introdotta a tutela della concorrenza.*

Consiglio di Stato, V, 14.5.2010, n. 3017

**Servizio di distribuzione del gas - previsione nel bando dell'ammortamento degli investimenti entro la scadenza concessione - legittimità.**

*In una procedura per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, la clausola contenuta nel bando di gara che imponga alla impresa aggiudicatrice dell'obbligo del completo ammortamento degli investimenti effettuati entro il limite della durata della concessione, non appare sicuramente preclusiva della possibilità di formulare un'offerta ragionevole ed economicamente remunerativa.*

*L'art. 14, co. 7, del d. lgs. n. 164/2000 prescrive che "Il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distri-*

*butore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente...", qualificando come meramente eventuale la sussistenza di un valore residuo degli ammortamenti riferiti agli investimenti effettuati dal distributore uscente che determina la consolidazione del relativo onere economico a carico del nuovo gestore.*

*La norma suddetta non vieta all'ente locale di introdurre prescrizioni sui contenuti dell'offerta relativi all'ammortamento e consente agli offerenti di modulare l'ammortamento degli investimenti secondo le proprie strategie tecnico-economiche.*

Consiglio di Stato, VI, 11.5.2010, n. 2829

**Affidamento del servizio di igiene urbana - gara - necessità.**

*Sono illegittime le delibere di un comune con le quali è stato affidato senza gara, ai sensi dell'art. 5 della l. 8.11.1991, n. 381, il servizio di igiene urbana a due cooperative; infatti, la deroga alle garanzie della gara pubblica prevista dall'art. 5 della l. 8.11.1991, n. 381 – che attribuisce agli enti pubblici la possibilità di stipulare convenzioni, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti, con cooperative che svolgono attività di promozione umana ed integrazione dei cittadini, per la "fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi" – opera nel solo caso in cui l'ente pubblico debba acquistare beni e servizi in proprio favore e non anche affidare a soggetti diversi lo svolgimento di servizi destinati ai terzi. L'art. 5 della l. 381/1991 offre agli enti pubblici la possibilità di stipulare, anche in deroga alla disciplina in materia dei contratti pubblici, con le cooperative che svolgono attività agricole, industriali, commerciali, o di servizi finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, convenzioni aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi esclusivamente in favore dell'amministrazione richiedente e non della collettività. Ne consegue che risulta illegittimo, l'affidamento diretto a cooperativa sociale, di servizi pubblici locali, (nel caso di specie di raccolta di rifiuti), in quanto diretti per definizione, al conseguimento di fini sociali a favore della collettività e non dell'amministrazione.*

Consiglio di Stato, V, 29.4.2010, n. 2456

**S.p.a. comunali - soggezione al giudizio di conto - sussiste.**

*Le società per azioni costituite dai comuni e dalle province a norma dell'art. 22 co. 3, l. 8.6.1990 n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali per la gestione di pubblici servizi operano come persone giuridiche private, senza che, tuttavia, il regime privatistico del soggetto impedisca che lo stesso rivesta la qualifica di agente contabile, come tale soggetto al giudizio di conto, posto che l'indicata figura è assolutamente indipendente dalla natura, pubblica o privata, del soggetto e dal titolo giuridico in forza del quale la gestione viene svolta, essendo elemento necessario, ma nel contempo sufficiente, che, in relazione al maneggio del denaro, sia costituita una relazione tra ente pubblico e altro soggetto, a seguito del quale la percezione del denaro avvenga, in base a un titolo di diritto pubblico o di diritto privato, in funzione della pertinenza di tale denaro all'ente pubblico e secondo uno schema procedimentale di tipo contabile; ne consegue che assume la veste di agente contabile, con le conseguenze di legge in punto di sottoposizione alla giurisdizione contabile, la società per azioni titolare della gestione dei proventi della sosta a pagamento dei veicoli ad essa affidata da un comune.*

Consiglio di Stato, V, 27.4.2010, n. 2360

**Azienda speciale comunale - attività in altri comuni - legittimità.**

*Un comune può legittimamente avvalersi dell'azienda speciale di altro comune per la gestione di un proprio servizio, a seguito di convenzione stipulata nel contesto della normativa, in quanto, sulla base del combinato disposto dell'art. 5 d.P.R. n. 902/1986 e dell'art. 24, l. n. 142/90, può delinearsi un modello procedimentale tipizzato (conclusione di un'intesa disciplinante aspetti predeterminati, deliberazione con maggioranza qualificata dell'estensione dell'attività dell'azienda speciale al territorio dell'altro ente locale) per l'adozione di una formula organizzativa alternativa alla conclusione di contratti con imprese in concorrenza tra loro. Rispetto a tale modulo convenzionale rimane interdotta anche l'applicazione della disciplina comunitaria in tema di procedure di*

*appalto, posta a tutela del mercato e della concorrenza.*

*L'art.5, d.P.R. 4.10.1986 n. 902, il quale prevede la possibilità di estendere, previa convenzione, l'attività delle aziende di servizi al territorio di altri enti locali, sulla base di preventivi di impianto e di esercizio formulati dall'azienda stessa, non solo non è stato fatto oggetto di esplicita abrogazione dalla l. 8.6.1990 n. 142, ma ne costituisce una delle possibili modalità attuative.*

Consiglio di Stato, VI, 13.4.2010, n. 2028

**Concessione del servizio di distribuzione del gas - competenza della giunta.**

*Rientra nella competenza della giunta municipale e non già in quella del consiglio comunale l'adozione di una delibera con la quale è stata indetta una gara per l'affidamento del servizio per la distribuzione del gas, atteso che è la legge stessa che prevede la modalità di svolgimento del servizio (tramite gara e successiva concessione del servizio per la distribuzione del gas, in conformità a quanto previsto dall'art. 14, co. 1, del d. lgs. 23.5.2000, n. 164); in tal caso, quindi, l'azione della giunta è già delimitata dalla legge, con il previsto sistema della "concessione" del servizio per la distribuzione del gas, mentre non sarebbero ammissibili modalità alternative di svolgimento del servizio di distribuzione.*

TAR Calabria, Cz, II, 1.7.2010, n. 1419

**Gestione centro sportivo comunale - concessione di pubblico servizio - affidamento diretto - esclusione.**

**Servizio pubblico locale - definizione.**

*E' illegittimo l'affidamento diretto della gestione di un centro sportivo comunale, trattandosi di una fattispecie inquadrabile nella "concessione di pubblico servizio".*

*Per pubblico servizio locale deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale.*

TAR Lombardia, Mi, III, 16.6.2010, n. 1891

**Struttura pubblica erogatrice di servizi sanitari - impresa pubblica - esclusione.**

*Le strutture pubbliche erogatrici di servizi sani-*

*tari non possono essere considerate imprese pubbliche, in quanto l'attività esercitata non è qualificabile quale attività economica di carattere imprenditoriale. Di conseguenza alle strutture in questione non è applicabile la normativa comunitaria inerente la tutela della concorrenza e il divieto di aiuti di Stato (nella specie numerose strutture private accreditate del SSN, eccettuano l'incompatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana che impone uno sconto percentuale fisso sulla remunerazione delle prestazioni specialistiche e diagnostica di laboratorio nei confronti delle sole strutture sanitarie private accreditate determinando una discriminazione in danno delle stesse).*

TAR Lombardia, Mi, I, 16.6.2010, n. 1882

**Art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/2008 - portata del divieto.**

*La decisione di affidare la gestione di servizi pubblici locali a società in house, in quanto atto di natura programmatica incluso nell'elenco tassativo di cui all'art. 42 TUEL – che postula la verifica, in concreto ed attualizzata al momento dell'effettivo trasferimento, della sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive di legge per avvalersi di siffatto modulo gestionale – rientra nella competenza del consiglio comunale residuando, in capo alla giunta, la susseguente competenza generale esecutiva da attuarsi sulla base delle scelte e degli indirizzi forniti dall'organo consiliare. Ne consegue che, nel caso di specie, l'affidamento dei servizi cimiteriali ad una società a totale partecipazione pubblica è stato attuato da organo incompetente e con atto inidoneo atteso che, la delibera giuntale di approvazione del contratto di servizio può essere intesa soltanto come atto di esecuzione di apposita delibera consiliare di trasferimento dei servizi in discorso, che nel caso di specie è mancata.*

*Il co. 9 dell'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, vieta l'acquisibilità, da parte di società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, così come lo svolgimento di servizi o attività per altri enti pubblici o privati, anche partecipando a gare. Tale disciplina è applicabile al caso di specie dal momento che la società a totale par-*

tecipazione pubblica è già affidataria diretta di servizi pubblici locali per averli conseguiti in forza della delibera consiliare per cui, per tutta la durata degli affidamenti in corso, non potrebbe conseguire la gestione di servizi ulteriori né con affidamento diretto, anche laddove in ipotesi astrattamente rispondente ai requisiti per l'in house providing, né partecipando a gare.

TAR Calabria, Rc, 16.6.2010, n. 561

**Art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/2008 - portata del divieto.**

*In tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il divieto di cui all'art.23 bis co. 9, d.l. 25.6.2008 n.112, convertito in l. 6.8.2008 n.133, si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le forme previste dal co. 2 lett. b), dell'art. 23 bis.*

*L'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal co. 2, lett. b), dell'art. 23 bis d.l. 25.6.2008 n.112 si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole e immotivata - anche alla luce dei principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato (v. Comunicazione interpretativa della Commissione (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.U.E. del 12.4.2008) - l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione. Va, dunque, preferita l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 23 bis co. 9, d.l. 25.6.2008 n. 112 nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica (ovvero) anche le forme previste dal co. 2, lett. b), dell'art. 23 bis., cit.*

TAR Piemonte, II, 10.6.2010, n. 2750

**Contratto di servizio pubblico - natura - regolamento CEE 1191/1969.**

*I contratti stipulati tra i concessionari di servizio di trasporto pubblico locale e l'amministrazione, rientrano tra gli "accordi necessari", specie di accordi sostitutivi di provvedimento e pertanto la competenza a conoscerli appartiene al giudice amministrativo.*

*Il contratto di servizio pubblico è un rapporto mediante il quale l'ente pubblico affida al gestore lo svolgimento di determinati servizi pubblici, con contestuale ed eventuale trasferimento di pubbliche funzioni, nonché di beni pubblici strumentali allo svolgimento del servizio affidato e con l'individuazione di specifici obblighi standard di servizio pubblico.*

*La nullità del contratto di servizio per violazione di norma imperativa può essere fatta valere soltanto tramite l'azione di annullamento ex artt. 21 octies l. 241/1990 e 26 r.d. 1054/1924.*

*Nei casi in cui il concessionario del servizio di trasporto pubblico contesti l'incompatibilità delle misure di aiuto con il regolamento CEE n. 1191/69, è tenuto a chiedere l'annullamento dell'accordo per violazione di legge.*

*Il Regolamento CEE 1191/1969 nel prevedere la compensazione nel caso di mantenimento di obblighi di servizio pubblico, non è automaticamente applicabile ai sensi dell'art. 1339 c.c. nei contratti di servizio.*

TAR Lombardia, Bs, II, 27.5.2010, n. 2165

**Servizio di illuminazione - riscatto degli impianti da parte del comune - preavviso di un anno.**

*In base al co. 3 dell'art. 24 del d.P.R. 2578/1925, secondo cui: "Il riscatto deve essere sempre preceduto dal preavviso di un anno", il preavviso di un anno deve precedere la manifestazione di volontà del comune di riscattare la proprietà degli impianti oggetto di concessione e non anche l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento. Il rispetto di tali termini è da sempre stato accertato dalla giurisprudenza con riferimento al momento in cui il Comune adotta il provvedimento che costituisce esercizio del diritto di riscatto e cioè quella deliberazione (di competenza del consiglio comunale) con cui esso opta per l'avvalersi della facoltà riconosciutagli dalla legge, a nulla rilevando il tempo successivamente necessario per addivenire al - giuridico e materiale - trasferimento degli impianti.*

*La normativa in materia non subordina la possibilità del riscatto al previo raggiungimento di un accordo tra le parti sullo stato di consistenza prima e sulla quantificazione dell'indennizzo poi. Il sistema delineato dalla legge infatti, prevede espressamente la possibilità, in caso di mancato accordo, di rimettere la questione ad un apposito collegio arbitrale, ma in nessun punto è espressamente previsto che il trasferimento degli impianti risulti procrastinato ad un momento successivo all'avvenuta definizione e liquidazione dell'indennizzo dovuto. In altre parole la disciplina applicata non detta alcuna specifica disposizione in ordine agli effetti traslativi della proprietà degli impianti nelle more della definizione della controversia per la quantificazione dell'indennità dovuta ed in particolare non prevede alcun diritto di ritenzione da parte del concessionario che, quindi, non può vantare alcuno strumento privilegiato di tutela del proprio credito eventuale. Tale principio appare attagliarsi perfettamente anche al riscatto del servizio di illuminazione pubblica, in relazione all'esercizio del quale il comune deve essere ritenuto libero di individuare la modalità che meglio garantisce efficacia ed economicità del servizio stesso nel rispetto della legge.*

*Tra il riscatto degli impianti e successivo affidamento del servizio mediante gara, non può non frapporsi un periodo di "raccordo", nel quale il comune deve garantirsi gli strumenti per poter assicurare che non intervenga alcuna interruzione nell'erogazione del servizio, a tutela da un lato dei terzi e dall'altro della continuità del servizio. Ed è proprio questa ragione a giustificare il subentro, nelle more dell'espletamento della gara, nei contratti già in essere con il gestore uscente per il mantenimento del funzionamento della rete.*

TAR Lombardia, Bs, II, 27.5.2010, n. 2164

**Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) - servizio di igiene urbana - servizio pubblico - rientra.**

*Il divieto previsto dall'art. 13 del d.l. 4/7/2006 n. 223, conv. in l. 4/8/2006 n. 248, investe le società costituite per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti, mentre sono escluse dal divieto quelle istituite per gestire servizi pubblici locali. La qualificazione*

*differenziale tra attività strumentali e gestione di servizi pubblici deve essere, invece, 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 - ma non si estende alle società destinate a gestire servizi pubblici locali, che esercitano attività d'impresa: esso è introdotto 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 ente pubblico.*

*La giurisprudenza ha affermato che il servizio pubblico è quello che consente al comune di realizzare fini sociali e di promuovere lo sviluppo civile della comunità locale ai sensi dell'art. 112 del d. lgs. 267/2000, in quanto preordinato a soddisfare i bisogni della cittadinanza indifferenziata: tale è indubbiamente il servizio di igiene urbana, il quale richiede che il concessionario impieghi capitali, mezzi e personale da destinare ad un'attività economica suscettibile, quanto meno potenzialmente, di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore. Né a conclusioni diverse si deve pervenire per il fatto che l'onere di remunerare l'attività svolta dal privato è assunto (talvolta) direttamente dall'amministrazione. E' infatti noto che per l'erogazione del servizio R.S.U. i comuni sono tenuti ad istituire la tariffa da praticare ai cittadini - nuclei familiari ed imprese - secondo criteri omogenei e con l'obbligo di provvedere all'integrale copertura dei costi. Se è dunque vero che il compenso del gestore è erogato periodicamente dal comune, è altrettanto vero che il costo del servizio è ripartito tra gli utenti secondo parametri predeterminati, come ad es. l'estensione dell'unità abitativa e il numero dei componenti del nucleo familiare.*

TAR Puglia, Ba, I, 17.5.2010, n. 1898

**Art. 3, co. 27, L. 244/2007 - portata del divieto - servizio di pulizia dei locali ospedalieri - attività non imprescindibile - rientra**

*In tema di servizi pubblici, è precluso, ai sensi dell'art. 3 co. 27, della l. 244/2007, la costitu-*

zione, da parte della Asl, di società in house providing e il successivo affidamento alle stesse, di attività non imprescindibili per le proprie finalità istituzionali. Il servizio di pulizia degli uffici e dei presidi ospedalieri, non può essere considerato quale “strumento necessario” in relazione al perseguimento delle finalità istituzionali dell’Azienda sanitaria Locale. Ne consegue che, sussiste un divieto normativo per la P.A. di costituire società per l’effettuazione delle pulizie nei propri immobili ed uffici.

TAR Puglia, Ba, I, 14.5.2010, n. 1892

**Attività di soccorso non costituenti compiti diretti di tutela della salute - gestione secondo il modello dell’in house providing - legittimità.**

**Servizio “118” - servizio pubblico locale - esclusione.**

**Art. 9-bis, co. 4, d. lgs. 502/1992 - portata.**

*E’ possibile che una A.S.L. costituisca una apposita società di capitali per la gestione dei servizi esternalizzabili, in particolare per la gestione delle attività di soccorso non costituenti compiti diretti di tutela della salute e per la gestione dei servizi di supporto alle sue attività istituzionali.*

*Il servizio di pronto soccorso “118”, affidato ad una società in house providing appositamente costituita da un’A.S.L., non rientra nel novero dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, ai quali soltanto è applicabile la disciplina introdotta con l’art. 23 bis, d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito in l. 6.8.2008 n. 133.*

*In tema di servizi sanitari, il legislatore, con l’art. 9 bis co. 4, d. lgs. 30.12.1992 n. 502, ha voluto vietare l’ingresso di privati in società partecipate dalle aziende sanitarie che svolgano compiti diretti di tutela della salute.*

*In materia sanitaria, le prestazioni svolte dai “soccorritori e autisti – soccorritori” non costituiscono compiti diretti di tutela della salute e quindi non rientrano nel divieto di cui all’art. 9 bis co. 4, d. lgs. 30.12.1992 n. 502, il quale non è riferito a tutte le prestazioni svolte nell’ambito dei servizi di carattere sanitario, ma solo alle specifiche attività direttamente finalizzate alla tutela della salute.*

TAR Puglia, Ba, I, 14.5.2010, n. 1890

**Gestione secondo il modello dell’in house**

**providing - sindacato del giudice - limiti.**

*La scelta gestionale di costituire una società a capitale interamente pubblico, operante in regime di in house providing (cui affidare, nel caso di specie, le prestazioni strumentali al servizio di emergenza-urgenza, le attività di trasporto e di soccorso degli infermi, i servizi di pulizia e, per quanto qui rileva, il servizio di ausiliariato e portierato), laddove non è motivata sulla base della sola convenienza economica, ma si fonda su obiettivi di miglioramento dell’organizzazione e del coordinamento dei servizi e, più in generale, su valutazioni circa il modo migliore di perseguire la cura dell’interesse pubblico, sfugge al sindacato di legittimità ed attiene al merito delle scelte amministrative.*

TAR Puglia, Le, II, 14.5.2010, n. 1134

**In house providing - Definizione.**

**Servizi pubblici locali - Potere di direttiva regionale.**

**Art. 23 bis, d.l. 112/2008 - portata.**

**Servizio “118” - internalizzazione - legittimità.**

*Con l’espressione “in house providing” si indica un modulo organizzativo, in virtù del quale la PA provvede direttamente, mediante società strumentali, alla produzione dei beni e dei servizi di cui ha bisogno (c.d. “autoproduzione”), senza necessità del ricorso al mercato e, quindi, senza necessità del previo esperimento di una procedura di gara.*

*In tema di servizi pubblici, non può essere denegata all’ente regione, nell’esercizio del proprio legittimo potere di direttiva, la possibilità di individuare, anche per ragioni di omogeneità, dei criteri di carattere generale relativi alla gestione dei servizi di propri enti strumentali (quali sono le Aziende sanitarie locali).*

*In tema di servizi pubblici, le prescrizioni di cui all’art. 23 bis, d.l. 25.6.2008 n.112, convertito in l. 6.8.2008 n. 133, avendo ad oggetto l’affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, debbono ritenersi immediatamente vincolanti solo per le amministrazioni individuate dall’art. 2, d. lgs. 18.8.2000 n.267.*

*Ai fini della decisione in ordine all’erogazione di servizi pubblici, la comparazione tra il modello della esternalizzazione (outsourcing) e quello della internalizzazione (in house provi-*

ding) non può fondarsi solo sul mero dato del costo storico dei servizi esternalizzati, ma deve tener conto della ragionevole previsione di spesa cui la PA andrà incontro avvalendosi dell'uno o dell'altro modello gestionale.

La scelta della PA di internalizzare i servizi della emergenza-urgenza (c.d. "sistema 118") non è irragionevole, in quanto le attività di soccorso e di trasporto dei pazienti da e verso le strutture sanitarie assumono un'importanza tale da non poter essere rimesse alla spontanea ed estemporanea iniziativa di associazioni private, ma debbono essere assicurate con continuità ed efficienza da strutture organizzative, specificamente formate, a ciò istituzionalmente preposte.

TAR Piemonte, II, 13.5.2010, n. 2388

**Consorzio per l'esercizio di servizi pubblici - rapporto tra enti consorziati - interesse legittimo.**

La delibera di recesso con la quale l'ente locale manifesta la propria volontà di rinunciare alla forma associativa nella specie un consorzio ex art. 31, d. lgs. 267/2000, per la gestione di determinati servizi pubblici, rientra nel potere discrezionale riconosciuto allo stesso, finalizzato ad individuare in base alle circostanze e alle peculiarità del caso concreto, la gestione ritenuta più adeguata. Ne consegue la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative ai rapporti tra il consorzio e l'ente locale trattandosi di posizioni da collocare nell'ambito dell'interesse legittimo.

I rapporti tra il consorzio e gli enti che ne fanno parte sono di interesse legittimo, posto che quella del consorzio tra enti è una modalità di esercizio dei servizi pubblici che la legge riconosce ai fini di una migliore gestione del servizio stesso.

TAR Lombardia, Mi, IV, 12.5.2010, n. 1464

**Diritto di accesso nei confronti dei gestori di servizi pubblici - sussiste.**

Gli artt. 22 e 23 della l. n. 241 del 1990 correlano il diritto d'accesso non solo all'attività di diritto amministrativo, ma anche a quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità derivante anche, sul versante soggettivo, dalla intensa conformazione pubblicistica.

TAR Puglia, Ba, I, 28.4.2010, n. 1511

**Servizio di gestione parcometri - iscrizione all'albo di cui all'art. 35, d. lgs. 446/1997 - non necessaria.**

La gara indetta da un comune per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei parcometri e delle sanzioni al codice della strada elevate dagli ausiliari del traffico, non costituisce attività per la quale si rende necessaria l'iscrizione all'albo di cui all'art. 35, d. lgs. n. 446 del 1997, atteso che trattasi di attività prettamente commerciale non contrassegnata da potere coattivo del gestore.

TAR Abruzzo, Pe, I, 15.4.2010, n. 240

**Servizio di distribuzione gas - regime transitorio - potestà di riscatto.**

Il regime transitorio relativo al servizio di distribuzione del gas, disciplinato dall'art. 1, co. 69, della l. 23.8.2004 n. 239, quale norma di interpretazione autentica dell'art. 15, co. 5, del d. lgs. 23.5.2000 n. 164, non ha inteso ripristinare innovativamente per il futuro l'abrogata potestà di riscatto anticipato, in passato prevista dall'art. 24 del t.u. 15.10.1925 n. 2578, ma mira unicamente a consentire ad un ente locale concedente di avvalersi, nel periodo transitorio, di una potestà di riscatto a suo tempo legittimamente dedotta in un atto di concessione o di affidamento ancora in essere.

# PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **CON LA CIRCOLARE N. 9/2010, IL MINISTRO BRUNETTA FORNISCE IN- DICAZIONI INTERPRETATIVE DELLE MISURE DI RIDUZIONE DEGLI AS- SETTI ORGANIZZATIVI**

*La riduzione degli assetti organizzativi, che aveva come scadenza il 30.6.2010, è una misura di razionalizzazione che deve ispirarsi a principi di contenimento dei costi mediante concentrazione delle funzioni istituzionali, accorpamento di strutture che svolgono attività omogenee, quali quelle logistiche e strumentali, eliminazione delle duplicazioni di funzione. Si tratta di dare attuazione ai principi generali che sovrintendono all'organizzazione degli uffici, anche in applicazione dell'art. 97 della Costituzione, e che devono favorire la razionalizzazione del costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale e migliorando la funzionalità degli uffici rispetto ai compiti e ai programmi di attività assegnati, nel perseguimento di obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. Ispirandosi ai suddetti principi, il primo intervento da operare attiene alla riduzione delle strutture o posti di funzione dirigenziali di livello non generale in misura non inferiore al 10 per cento, rispetto a quelle risultanti a seguito dell'applicazione dell'articolo 74 del d.l. 112/2008, con conseguente riduzione della relativa dotazione organica. ... Il secondo intervento attiene alla rideterminazione delle dotazioni organiche del personale non dirigenziale, ad esclusione di quelle degli enti di ricerca, apportando una ulteriore riduzione non inferiore al 10 per cento della spesa complessiva relativa al numero dei posti di organico di tale personale risultante a seguito dell'applicazione del predetto art. 74 del d.l. 112/2008. La spesa*

*della dotazione organica del personale non dirigenziale va calcolata sulle singole aree tenendo conto del costo medio dell'area in relazione alle fasce retributive di ciascuna area. Il costo medio si calcola considerando per ogni singola fascia retributiva il trattamento economico fondamentale previsto dal CCNL vigente, nonché il trattamento economico accessorio individuato sulla base del predetto CCNL e del relativo contratto integrativo di amministrazione certificato dai competenti organi di controllo, ivi compresi gli oneri a carico del datore di lavoro. La riduzione del dieci per cento si applica sul costo complessivo della dotazione organica così calcolato. Una volta determinata l'entità del risparmio di spesa, l'individuazione delle posizioni da eliminare nell'ambito delle aree avverrà utilizzando i medesimi criteri di quantificazione sopra indicati. Al fine di evitare la creazione di situazioni soprannumerarie le riduzioni sulle dotazioni organiche non dirigenziali dovranno essere effettuate prioritariamente seguendo il criterio della completa compensazione su tutte le vacanze disponibili. In ogni caso, in assenza di posti disponibili troverà applicazione la disciplina prevista dall'art. 9, coo. 25, 26 e 27 del d.l. 31.5.2010, n. 78 il quale stabilisce che, in deroga a quanto previsto dall'art. 33 del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni e integrazioni, le unità di personale eventualmente risultanti in soprannumero all'esito delle riduzioni previste dall'articolo 2, co. 8 bis, del d.l. 30.12.2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla l. 26.2.2010, n. 25, non costituiscono eccedenze di organico. Tali unità di personale resteranno temporaneamente in posizione soprannumeraria, con successivo riassorbimento all'atto delle cessazioni, a qualunque titolo, nell'ambito*

della corrispondente area o qualifica dirigenziale. Qualora per esigenze funzionali od organizzative si deroghi al principio della completa compensazione delle vacanze, la presenza di posizioni soprannumerarie in un'area, ai fini della neutralità finanziaria, necessita di rendere indisponibile un numero di posti equivalente dal punto di vista finanziario in aree della stessa amministrazione che presentino carenze di organico.

Fino al completo riassorbimento, le amministrazioni interessate non potranno assumere nuovo personale a qualunque titolo e con qualsiasi contratto con riferimento alle aree che presentino soprannumerari, nonché in relazione a posti resi indisponibili in altre aree che presentino vacanze in organico. Sono, comunque, consentite le assunzioni di personale appartenente alle categorie protette, nel limite del completamento della quota d'obbligo. Gli interventi di riduzione degli assetti organizzativi devono essere accompagnati dall'adozione di appositi atti di riorganizzazione secondo i rispettivi ordinamenti. Le amministrazioni che non hanno adempiuto all'art. 74 del d.l. 112/2008 possono procedere in un'unica soluzione secondo i criteri sopra descritti, cumulando le misure di riduzione. Per i ministeri è possibile procedere ai nuovi tagli con le modalità indicate nell'art. 41, co. 10, del d.l. 30.12.2008, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla l. 27.2.2009, n. 14, ovvero riducendo le dotazioni organiche con decreto del Presidente del consiglio dei Ministri, solo ove abbiano già ottemperato al predetto art. 74. Tuttavia, anche in questo caso, rimane auspicabile per i ministeri recepire il nuovo assetto con gli strumenti di cui all'art. 4 del d. lgs. 30.7.1999, ti. 300, tenuto conto che il co. 8 bis lett. a) impone la rimodulazione degli uffici dirigenziali di livello non generale

«..... GA.....»

**CON LA CIRCOLARE N. 9/2010, IL MINISTRO BRUNETTA FORNISCE INDICAZIONI INTERPRETATIVE SULLA DOTAZIONE ORGANICA PROVVISORIA E RIFLESSI IN MATERIA DI ASSUNZIONI**

Il termine previsto per adempiere era quello del 30.6.2010. Fino all'emanazione dei provvedimenti di cui al par. precedente le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari ai posti coperti al 28.2.2010; nella determinazione della dotazione organica provvisoria sono ricomprese, comunque entro il limite dei posti risultanti dalle riduzioni ai sensi del co. 8 bis, le procedure concorsuali ordinarie, intese come autorizzazioni ad assumere ed autorizzazioni a bandire concesse alla medesima data del 28 febbraio, nonché quelle avviate sulla base di disposizioni di carattere speciale e le procedure relative alle assunzioni delle categorie protette nei limiti delle quote d'obbligo. Sono, inoltre, fatte salve le procedure di mobilità avviate ovvero per le quali vi sia stata un'esternazione di volontà da parte dell'amministrazione volta a richiedere l'assegnazione temporanea o la cessione di contratto riferiti a personale nominativamente individuato. Sono fatti salvi anche i conferimenti di incarichi, ai sensi dell'art. 19, co. 5 bis e 6, del d. lgs. 165 del 2001, avviati alla predetta data mediante individuazione nominativa del soggetto destinatario dell'incarico. Qualora le amministrazioni non abbiano adempiuto alle misure previste entro il 30.6.2010, è fatto comunque loro divieto, a decorrere dallo stesso 30 giugno 2010, di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsiasi contratto; continuano ad essere esclusi dal predetto divieto gli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 19, co. 5 bis e 6, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, e s.m.i. La formulazione "continuano ad essere esclusi" si configura come una norma di interpretazione anche dell'art. 17, co. 7, del d.l. 78/2009 facendo perciò salvi i provvedimenti adottati dalle amministrazioni nel periodo di blocco delle assunzioni fissato dal predetto articolo. Restano, altresì, escluse dal divieto descritto le assunzioni relative al personale dirigenziale reclutato attraverso il corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla scuola superiore della pubblica amministrazione, con decreto direttoriale del 12.12.2005, n. 269, ai sensi del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, e s.m., da effettuare in via prioritaria nell'ambito delle ordinarie procedure assunzionali. E' opportuno sottolineare

che le amministrazioni o le categorie di personale escluse dalla misura di riduzione degli assetti organizzativi, sono anche escluse dal blocco delle assunzioni intervenuto a decorrere dal 30 giugno scorso. Sono, altresì, escluse le categorie protette, nel limite del completamento della quota d'obbligo.

«..... GA.....»

### **CON LA CIRCOLARE N. 8/2010, IL MINISTRO BRUNETTA FORNISCE INDICAZIONI SULLE ASSENZE DAL SERVIZIO DEI DIPENDENTI PUBBLICI**

Considerate le segnalazioni pervenute dalle amministrazioni e dai dipendenti interessati, si ritiene opportuno richiamare l'attenzione su alcuni aspetti applicativi delicati della disciplina. Si raccomanda alle amministrazioni l'osservanza dell'obbligo di attuare la decurtazione retributiva in caso di assenza per malattia, secondo le indicazioni fornite nelle predette circolari 7 e 8 del 2008.

E' utile ricordare che per talune ipotesi è stato previsto dalle norme un regime di maggior favore, infatti, l'art. 71. co. 1. secondo periodo, del d.l. n. 112 del 2008 stabilisce che "Resta fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul lavoro o a casa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a day hospital, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita". Nel sottolineare la volontà del legislatore di salvaguardare situazioni particolari e delicate, si segnala che il regime applicabile va ricavato da ciascun CCNL di riferimento. Dai vigenti contratti si evince in generale l'esclusione delle assenze riconducibili a queste cause dalla decurtazione e dal computo dei giorni dal periodo di comporto, in qualche caso salvaguardando espressamente pure "i giorni di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie" (cfr.: CCNL compatto scuola 29.9.2007, art. 17, co. 9). Rimane fermo anche in questa

sede quanto già detto a proposito dell'esenzione dalla reperibilità (cfr.: parere n. 12 del 2010) ai fini dell'applicazione del regime di maggior favore e, cioè, il dovere dell'amministrazione di esentare il dipendente dalla decurtazione solo se per lo stesso sussiste la relativa documentazione medica a supporto. Si ricorda che il co. 1 bis dell'art. 71 menzionato, nel quale era contenuta una disciplina speciale di deroga per il personale del comparto sicurezza e difesa in relazione alle malattie conseguenti a lesioni riportate in attività operative ed addestrative, è stato sostituito dal d.l. n. 8 del 2009, convertito in l. 102 del 2009. La novella riguarda, oltre che il personale del comparto sicurezza e difesa, anche il personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. La norma attualmente prevede che "A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, limitatamente alle assenze per malattia di cui al co. 1 del personale del comparto sicurezza e difesa nonché del personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, gli emolumenti di carattere continuativo correlati allo specifico status e alle peculiari condizioni di impiego di tale personale sono equiparati al trattamento economico fondamentale." Per quanto riguarda le voci retributive da considerare ai fini della decurtazione, considerati i quesiti pervenuti relativamente alla retribuzione di risultato dei dirigenti, si precisa che la stessa non è soggetta a decurtazione. Essa infatti costituisce l'emolumento volto a remunerare l'effettivo raggiungimento degli obiettivi da parte del dirigente e viene corrisposta a consuntivo in esito all'apposito procedimento di valutazione. Tale voce retributiva non può essere assimilata ad un'indennità giornaliera, legata alla presenza in servizio, poiché viene corrisposta solo se nella misura in cui gli obiettivi assegnati risultino conseguiti e l'attività svolta risulti valutabile a tal fine. Analogo ragionamento vale per le voci corrispondenti previste anche per le altre categorie di personale, compreso il personale ad ordinamento pubblicistico, aventi la medesima natura.

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# UTILIZZO DI INTERNET E DELLA CASELLA DI POSTA ELETTRONICA SUL LUOGO DI LAVORO. LIMITI DEI SISTEMI DI CONTROLLO. LA MEDIAZIONE TRA GLI INTERESSI CONTRAPPOSTI DELLA PA E DEL DIPENDENTE

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

*Il controllo del datore di lavoro sulle connessioni a siti internet estranei all'attività lavorativa da parte del lavoratore subordinato e sull'utilizzo della casella di posta elettronica. In particolare il c.d. "controllo a distanza". L'adozione del "Disciplinare interno", raccomandato dal Garante della Privacy e nel decreto Brunetta*

La PA come tutte le realtà aziendali, è caratterizzata per l'uso, oramai generalizzato ed insostituibile, delle tecnologie informatiche.

L'utilizzo delle tecnologie informatiche (c.d. ICT, postazioni di lavoro, connessioni di rete e posta elettronica) è sostanzialmente regolamentato, per i dipendenti pubblici, dalla dir. n. 2 del 26.5.2009 del Ministro Brunetta, che recepisce le linee guida del Garante per la protezione dei dati personali, e del codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Il Garante della *privacy* dispone, quale principio generale, che l'uso degli strumenti informatici da parte dei lavoratori durante l'orario di lavoro debba essere improntato sull'equo bilanciamento tra il diritto-dovere del datore di lavoro di controllare l'effettivo adempimento della prestazione da parte del lavoratore attraverso la corretta utilizzazione delle risorse strumentali, e il diritto dei lavoratori alla tutela della loro *privacy*.

Il Garante, con deliberazione n. 13 del 1.3.2007 recante "*Linee guida del Garante per posta elettronica ed internet*" (come sopra detto, recepite nella direttiva Brunetta 2/2009), ha sottolineato che i trattamenti debbano innanzitutto rispettare le garanzie poste dal "*Codice in materia di dati personali*" (d.

lgs. 30.6.2003, n. 196) e che il controllo debba essere limitato a casi eccezionali nel rispetto del:

- principio di necessità (art. 3 d. lgs. 196/2003, e art. 5.2 linee guida), per minimizzare al massimo l'uso di dati riferibili ai lavoratori e dei dati identificativi;

- principio di correttezza (art. 11, co. 1, lett. a) d. lgs. 196/2003), secondo cui al lavoratore devono essere rese note le caratteristiche essenziali dei trattamenti;

- principio di pertinenza e non eccedenza (art. 6 linee guida) nell'effettuare il controllo sull'uso degli strumenti elettronici onde evitare una ingiustificata interferenza sui diritti e le libertà fondamentali del lavoratore come pure dei soggetti esterni che ricevono od inviano comunicazioni elettroniche di natura personale o privata.

Il richiamato controllo deve essere regolamentato attraverso il c.d. "*Disciplinare interno*".

Trattasi di documento, previsto anche dalla direttiva Brunetta, a mezzo del quale il datore di lavoro deve specificare, in maniera chiara e particolareggiata, come utilizzare le strumentazioni informatiche, la rete internet e la posta elettronica durante l'orario di lavoro.

Il "*Disciplinare*", che va reso noto ai di-

pendenti e sottoposto ad aggiornamento periodico, deve altresì indicare:

- i limiti quantitativi di utilizzo personale di internet e di posta elettronica (ad es. fuori dell'orario di lavoro o durante le pause, o consentendone un uso moderato anche durante l'orario di lavoro);

- i comportamenti che non sono tollerati rispetto alla navigazione in Internet oppure rispetto alla tenuta di file nella rete interna;

- le informazioni che verranno temporaneamente registrate e chi, anche dall'esterno, vi potrà legittimamente accedere;

- le informazioni che saranno registrate per tempi più lunghi;

- le modalità dei controlli, compresi quelli saltuari od occasionali, con indicazione precisa e non generica delle ragioni presupposte;

- le conseguenze, anche disciplinari, che il datore di lavoro si riserva di irrogare nel caso accerti l'indebito utilizzo della posta elettronica e/o della rete internet;

- le soluzioni per garantire, con la cooperazione del lavoratore, la continuità della attività lavorativa in caso di assenza del lavoratore (specie se programmata) con particolare riferimento all'attivazione di sistemi di risposta automatica ai messaggi di posta elettronica ricevuti;

- le prescrizioni interne adottate sulla sicurezza dei dati e dei sistemi.

Così come il datore di lavoro ha il potere di controllo e di direzione sulle attività del lavoratore per impedire l'improprio ed illegittimo uso delle apparecchiature informatiche (e degli strumenti di lavoro in genere), l'esercizio di tale potere deve essere controbilanciato dal divieto assoluto, sempre per il datore di lavoro, di utilizzare strumenti che abbiano, come unica finalità, il controllo a distanza dei lavoratori (art. 4, co. 1 l. 300/70 - Statuto dei Lavoratori).

In ossequio a tale principio, con provvedimento del 2.4.2009, il Garante ha riconosciuto la illegittimità della installazione di un software con funzionalità appositamente prefigurate per il tracciamento sistematico e continuativo degli accessi a internet contestati dal datore al lavoratore, con conseguente illecita memorizzazione di tutte le pagine web visualizzate dal lavoratore medesimo in violazione

dell'art. 4, co. 1 l. 300/70 che vieta, come detto, l'impiego di apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

L'illegittimità è stata riconosciuta per la eccessiva e costante durata del monitoraggio (circa nove mesi) posto in essere dal datore dei lavoro, a nulla valendo la circostanza che il lavoratore conoscesse il regolamento aziendale per la sicurezza e l'utilizzo delle postazioni di informatica individuale, che proibiva la navigazione in internet per motivi diversi da quelli strettamente legati all'attività lavorativa.

Sempre sulla illegittimità del controllo a distanza, va richiamata una recente sentenza della Cass. Lav. 23.2.2010, n. 4375 che, così come già riconosciuto nei precedenti gradi di giudizio, ha dichiarato la illegittimità del licenziamento irrogato nei confronti del lavoratore.

Il caso si riferiva ad un dipendente che aveva effettuato connessioni a siti internet non per motivi di lavoro, connessioni accertate tramite l'installazione di un programma di controllo informatico centralizzato.

Il licenziamento era stato disposto non perchè l'attività di collegamento in rete del lavoratore fosse stata ritenuta dal datore particolarmente pericolosa rispetto alla esigenza di protezione del patrimonio aziendale, ma semplicemente per aver utilizzato tempo lavorativo per scopi personali.

Per tali ragioni il datore non poteva installare il programma di controllo a distanza, non ricorrendone le condizioni.

Da qui la inutilizzabilità ai fini sanzionatori, da parte del datore, dei dati acquisiti dal programma illegittimamente installato laddove, si ribadisce e si sottolinea, l'installazione sarebbe potuta eventualmente avvenire solo per esigenze organizzative, produttive o di sicurezza dell'azienda.

L'installazione per dette esigenze, da cui possa derivare anche l'eventuale controllo a distanza dell'attività del lavoratore, prevede comunque l'accordo con le rappresentanze sindacali o con la commissione interna ovvero, in difetto, l'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

Non vale ad escludere o ridurre la illegit-

timità del comportamento del datore la circostanza che il lavoratore fosse a conoscenza del divieto di accesso a internet, non giustificato da esigenze d'ufficio, con ciò violando le disposizioni di cui al punto 3, all. II d. lgs. 626/94.

La Cassazione, con la pronuncia in commento, ha infatti ritenuto infondato tale assunto e il richiamo del d. lgs. 626/94 in quanto "(...) 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, fissata dall'art. 4 l. 300/70. Le uniche regole in materia di "controlli a distanza" sono rimaste quelle dettate dall'art. 4 dello Statuto che, peraltro, è stato poi anche espressamente richiamato dall'art. 114 del d. lgs. n. 196/2003".

La Suprema Corte ha infine osservato che la sanzione irrogata fosse illegittima anche per l'evidente sproporzione tra l'addebito e la sanzione.

Infatti, dalle prove raccolte dal datore di lavoro con il sistema informatico (illegittimamente) installato, era emerso che la durata dei singoli collegamenti su internet effettuati dal lavoratore fossero di pochi minuti, spesso avvenuti durante la pausa pranzo e, peraltro, senza che in sede di contestazione fosse stato indicato né l'orario né la durata dei singoli collegamenti.

Ai fini della operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, è necessario che detto controllo riguardi, direttamente od indirettamente, l'attività lavorativa nella sua specificità.

Sono stati ritenuti, invece, consentiti i controlli diretti ad accertare le condotte illecite del lavoratore (c.d. "controlli difensivi") quali, ad esempio, i sistemi di controllo delle aree riservate o gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate (Cfr. Cass. Lav. 3.4.2002, n. 4746).

La questione dell'utilizzo di sistemi automatici di controllo delle telefonate (eseguite da apparecchi dell'ufficio) affrontato dalla S.C. con la sentenza appena richiamata, merita un ulteriore commento.

La Cassazione, infatti, ribaltando le deci-

sioni dei due precedenti gradi di giudizio che avevano dichiarato la illegittimità del licenziamento di un lavoratore (anche) per l'illegittimo utilizzo di un sistema di controllo delle telefonate ingiustificate, ha posto a fondamento della propria decisione la circostanza che "(...) considerato il tipo di lavoro cui era addetto il (lavoratore, nd.r.), il tribunale avrebbe dovuto valutare il comportamento del datore di lavoro come inteso a controllare la condotta illecita del dipendente e non l'attività lavorativa svolta dal medesimo".

In buona sostanza la giurisprudenza ammette che il "controllo difensivo", in quanto teso alla sola e semplice salvaguardia del patrimonio aziendale, debba essere tenuto distinto dal controllo sulla attività lavorativa dei dipendenti.

Di guisa che per il "controllo difensivo" non valgono i limiti posti dall'art. 4 l. 300/70.

In ossequio al richiamato principio di necessità di cui all'art. 5.2 della deliberazione 13/2007 del Garante, il datore di lavoro, per ridurre il rischio di usi impropri della "navigazione" in internet, deve adottare tutte quelle misure idonee a prevenire controlli successivi sul lavoratore che possano determinare il trattamento di informazioni personali anche non pertinenti o idonee a rilevare convinzioni religiose, opinioni politiche, stato di salute o la vita sessuale.

A tal fine il cpv. a) dell'art. 5.2 prescrive:

l'individuazione delle categorie dei siti considerati correlati o meno con la prestazione lavorativa;

la configurazione di quei sistemi informatici o l'utilizzo di quei filtri che prevenivano determinate operazioni reputate inconferenti con l'attività lavorativa;

le misure che consentono legittimamente di adottare, ad esempio sistemi di controllo che inibiscano al lavoratore l'accesso a siti internet specificamente incompatibili con la prestazione lavorativa svolta dal lavoratore;

in caso di riscontrato utilizzo anomalo della rete il datore di lavoro deve prima procedere ad un accertamento anonimo o comunque aggregando su base collettiva o per gruppi sufficientemente ampi di lavoratori i dati di navigazione effettuati, ritenuti incompatibili o presumibilmente illeciti.

Laddove la condotta del lavoratore sia consistita nella utilizzazione del proprio personal computer nel luogo di lavoro, in diversi e ben individuati momenti della attività lavorativa, per scopi diversi da quelli istituzionali, è ravvisabile un danno da disservizio.

E' quanto deciso dalla Magistratura contabile (C. Conti, Basilicata, sent. 22.3.2006, n. 83), che ha ritenuto causativa di danno l'illecita navigazione, da parte di un dipendente pubblico (per di più esperto di informatica), su siti internet a carattere pornografico effettuata da workstation operanti all'interno dell'ufficio, che aveva "infettato" l'apparecchiatura a seguito della installazione di giochi e software non autorizzati.

La Magistratura contabile, oltre al danno per le spese rese necessarie per la bonifica dei computer infettati, ha accertato e liquidato il "danno da disservizio" derivante sia dal tempo oggettivamente impiegato dal lavoratore nella "navigazione" e nella visita dei siti non istituzionali con conseguente sottrazione dell'impegno lavorativo dagli obblighi d'ufficio, sia dal tempo destinato dal lavoratore per la necessaria, previa, preparazione ed organizzazione per il conseguimento del voluto scopo illecito.

Per completezza espositiva si segnala, da ultimo, che la direttiva Brunetta 2/2009, consente espressamente gli accessi ad internet anche durante l'orario di lavoro. Stante

l'ampia distribuzione delle risorse informatiche tra i dipendenti che ne favorisce l'utilizzo anche per finalità diverse da quelle lavorative, la direttiva riconosce che risulterebbe antieconomico sopportare il costo dell'eventuale attività di monitoraggio e le implicazioni relative alla tutela della riservatezza dei dati.

Ciò anche per il fatto che l'utilizzo non istituzionale non provoca, di norma, costi aggiuntivi tenuto conto della modalità di pagamento "flat" (non riferita al consumo) utilizzata nella generalità dei casi dalle amministrazioni per l'utilizzo di quasi tutte le risorse ICT.

Di guisa che la Direttiva Brunetta 2/2009 prevede espressamente che l'utilizzo di internet "... potrebbe essere regolamentato e, quindi, consentito ai dipendenti per assolvere incombenze amministrative e burocratiche senza allontanarsi dai luoghi di lavoro (ad esempio per effettuare adempimenti on line nei confronti di pubbliche amministrazioni e di concessionari di pubblici servizi, ovvero per tenere rapporti con istituti bancari e assicurativi). Tale modalità, purchè contenuta nei tempi strettamente necessari allo svolgimento delle transazioni, avrebbe inoltre il vantaggio di contribuire a ridurre gli spostamenti delle persone e gli oneri logistici e del personale per l'amministrazione che eroga il servizio, favorendo, altresì, la dematerializzazione dei processi produttivi".

«.....GA.....»

## L'ASSEGNAZIONE DEL DIPENDENTE PUBBLICO A MANSIONI PROPRIE DI UNA QUALIFICA SUPERIORE

dell'Avv. Paolo Ermini

*Lo jus variandi del datore di lavoro pubblico e gli effetti di una fattispecie di nullità testuale.*

La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego è affidata alle disposizioni contenute nell'art. 52 del d. lgs. 165/2001.

La norma in esame stabilisce che il prestatore di lavoro deve essere adibito allo svolgimento di mansioni corrispondenti al proprio inquadramento formale ed ammette l'adibizione a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore in due sole ipotesi: a) in caso di vacanza di posto in organico, per non più di dodici mesi, ove siano avviate le procedure per il reclutamento del personale; b) in caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto.

In tali fattispecie il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore.

Al di fuori delle ipotesi legislativamente assentite l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore è nulla, ma al lavoratore deve essere corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore (art. 52, co. 5, d. lgs. 165/01).

Nonostante sia espressamente proclamata la nullità dell'adibizione alle mansioni superiori in mancanza delle prescritte esigenze di servizio, lo svolgimento di fatto non resta privo di effetti giuridici, in quanto il prestatore matura il diritto al trattamento economico corrispondente.

La disciplina delle mansioni costituisce probabilmente il livello più avanzato della contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, posto che in tale ambito i principi del diritto privato, così come maturati nella giurisprudenza del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, hanno trovato coerente applicazione.

Era nota, per contro, la resistenza della giurisprudenza amministrativa a riconoscere il diritto del pubblico impiegato a percepire il

trattamento economico corrispondente alle superiori mansioni svolte.

La giustizia amministrativa, riconducendo il rapporto di lavoro pubblico all'esercizio di un potere unilaterale ed autoritativo della PA, regolato da provvedimenti, tendeva a non attribuire alcuna rilevanza, anche meramente economica, allo svolgimento di fatto di mansioni superiori (cfr. CdS, V, 7.11.05, n. 6191).

Del resto in un ordito caratterizzato dal potere autoritativo della PA il diritto del lavoratore ad una retribuzione corrispondente alle superiori mansioni svolte pretendeva la sussistenza di un formale atto di incarico, dunque una formale disposizione di servizio (Cds, V, n.6191 cit; C.cost. n.296/90).

Secondo un univoco orientamento del giudice amministrativo, la mancanza di un provvedimento inibiva qualsiasi effetto della preposizione alle mansioni superiori. *"L'art.2126 non è invocabile in tema di esercizio di mansioni superiori svolte in via di fatto nel pubblico impiego atteso che esso riguarda il principio di retribuità del lavoro prestato sulla base di un contratto o di un atto nullo o annullato"* (Cds, V, 22.3.2010, n.1658).

La contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico ha comportato la delegificazione in merito all'organizzazione degli uffici, l'attribuzione ai dirigenti dei poteri dei privati datori di lavoro e l'assoggettamento della disciplina relativa agli inquadramenti del personale ai principi del diritto privato (cfr. Cass. Sez. un. n. 21744/09).

La disciplina delle mansioni, in un rapporto caratterizzato dalla libertà negoziale e dalla parità dei contraenti, ha dovuto tener conto dei nuovi ambiti riconosciuti all'autonomia privata collettiva ed individuale, determinando la cedevolezza del principio della riserva di legge di cui all'art. 97 cost. rispetto al principio sinallagmatico desumibile dall'art. 36 cost..

Se la disciplina pubblicistica del rapporto di lavoro ha potuto negare rilevanza, anche meramente economica, allo svolgimento nullo delle mansioni superiori (cfr. Cds, V, 29.8.2005, n.4397), la nuova disciplina, perché ispirata al principio dell'autonomia negoziale, non poteva derogare al principio sinallagmatico della corrispettività della prestazione (Cass. Sez. un. 11.12.2007 n.25837).

In una recente sentenza il Supremo Collegio è tornato ad affermare il principio per cui *"anche nel pubblico impiego è applicabile l'art.36 Cost. nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato"* (Cass., sez. lav. 23.2.2010 n. 4382).

L'obbligazione di corrispondere al lavoratore una retribuzione corrispondente alla qualità e quantità del lavoro svolto e, quindi, corrispettiva alle superiori mansioni esatte, deriva dalla legge, stante il divieto per la contrattazione collettiva o individuale di disciplinare la fattispecie.

Le SS.UU. hanno specificato che *"in materia di pubblico impiego contrattualizzato - come si evince anche dall'art.56, co. 6, del d.lgs. n.29 del 1993, nel testo, sostituito dall'art.25 del d.lgs. n.80 del 1998 e successivamente modificato dall'art.15 del d.lgs. n.387 del 1998, ora riprodotto nell'art.32 del d.lgs. n.165 del 2001, l'impiegato cui sono state assegnate, al di fuori dei casi consentiti, mansioni superiori ha diritto, in conformità alla giurisprudenza della Corte costituzionale, ad una retribuzione proporzionata e sufficiente ai sensi dell'art.36 Cost.; che deve trovare integrale applicazione - senza sbarramenti temporali di alcun genere - pure nel pubblico impiego privatizzato"* (Cass. Sez. un. 11.12.2007 n. 25837).

Anche la giurisprudenza amministrativa è giunta a riconoscere *"il diritto del pubblico dipendente alle differenze retributive spettanti in conseguenza dell'espletamento di mansioni superiori"* (CdS, VI, 18.9.2009 n. 5605).

In buona sostanza, all'esito di un lungo iter normativo, che non è qui il caso di ripercorrere, finalmente, al pubblico impiegato è omniamente riconosciuto il diritto di percepire il trattamento economico corrispondente alle

mansioni superiori svolte, ciò anche in caso di adibizione nulla perché avvenuta al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'art. 52, co. 2, d. lgs.165/01.

Tuttavia, affinché sorga il diritto del lavoratore a percepire il superiore trattamento economico è necessario che ricorra il fatto presupposto dalla norma, ovvero, l'adibizione, sebbene nulla, alle mansioni superiori con pienezza e prevalenza.

L'adibizione presuppone in primo luogo l'esercizio di un potere gerarchico di direttiva.

Il Supremo Collegio insegna che *"in tema di pubblico impiego, il diritto alla differenza di trattamento economico con la qualifica superiore nel caso di esercizio delle relative mansioni, riconosciuto al dipendente dall'art. 52, co. 5, del d. lgs. n. 165 del 2001, anche nell'ipotesi in cui l'assegnazione sia nulla perché non assistita dai presupposti di cui al precedente co. 2 dello stesso articolo, sorge quando il provvedimento sia stato adottato - secondo le linee organizzative proprie della specifica amministrazione - dal soggetto titolare del potere di conformare la specifica prestazione lavorativa dei dipendenti, vincolandoli al rispetto delle proprie determinazioni, restando irrilevante al fine di escludere tale diritto che, secondo le regole interne dell'amministrazione datrice, le suddette determinazioni debbano essere successivamente confermate da altro organo della stessa amministrazione"* (Cass. Sez. lav. 29.7.09 n. 17605).

In secondo luogo le mansioni superiori devono essere state svolte, anche in caso di svolgimento promiscuo, in via prevalente in termini qualitativi e quantitativi e con pienezza.

Le Sezioni unite hanno ribadito la necessità *"che le mansioni superiori assegnate siano state svolte, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, nella loro pienezza, e sempre che, in relazione all'attività spiegata, siano stati esercitati i poteri ed assunte le responsabilità correlate a dette superiori mansioni"* (Cass. Sez. un. 11.12.2007 n. 25837).

Più puntualmente, quanto al primo requisito, è stato affermato che *"in materia di pubblico impiego, ai sensi dell'art. 56, co. 3, d. lgs. 3.2.1993 n. 29 può considerarsi svolgi-*

mento di mansioni superiori soltanto l'attribuzione in maniera prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti di dette mansioni. Ne consegue che a tali fine il giudice di merito deve procedere a una penetrante ricognizione di tutto il contenuto delle mansioni svolte e all'esame delle declaratorie generali delle categorie di inquadramento coinvolte nella controversia e dei profili professionali pertinenti" (Cass. Sez. lav. 25.10.2004, n. 20692).

Quanto al secondo requisito la giurisprudenza pretende "che l'assegnazione alle più elevate mansioni sia stata piena, nel senso che abbia comportato l'assunzione della responsabilità diretta e l'esercizio dell'autonomia e della iniziativa proprie della corrispondente qualifica rivendicata" (Cass. Sez. lav. 14.8.2001, n. 11125).

Infine è opportuno dar conto del fatto che, differentemente rispetto a quanto accade in caso di adibizione alle mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore per obiettive esigenze di servizio, in caso di adibizione nulla spetta al lavoratore il trattamento corrispondente alle mansioni svolte, anche se relate a più di una categoria superiore.

"L'impiegato cui sono state assegnate, al di fuori dei casi consentiti, mansioni superiori anche corrispondenti ad una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento ha

diritto, in conformità alla giurisprudenza della Corte costituzionale ad una retribuzione proporzionata ai sensi dell'art.36 Cost." (Cass. Sez. un.11.12.2007, n. 25837).

Corre peraltro l'obbligo di ricordare che, a mente dell'art. 52, co. 1, del d. lgs. 165/01, "l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione".

In sostanza nell'impiego pubblico contrattualizzato continua a non trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 2103 c.c. nella parte in cui riconosce il diritto del lavoratore alla promozione automatica nel livello superiore dopo tre mesi di svolgimento delle relative mansioni. Tale discriminazione appare, tuttavia, coerente alle disposizioni di legge ed alla giurisprudenza che impongono la regola della selezione o del concorso pubblico per l'accesso alle categorie superiori.

"L'art.2103 c.c., secondo il quale lo svolgimento per almeno novanta giorni delle mansioni di qualifica superiore comporta l'attribuzione automatica della qualifica stessa, non è applicabile al pubblico impiego; a ciò, infatti, si oppongono le norme che disciplinano l'assunzione a mezzo di concorso, la progressione di carriera, i requisiti e gli organici." (CdS., V, 31.7.2007, n. 4699).

«.....GA.....»

## IL CONFERIMENTO ALL'ESTERNO DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI ALLA LUCE DEL D. LGS. 150/2009: DUBBI INTERPRETATIVI E CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI.

dell'Avv. Fabio Falco

*La riforma dell'art.19, co. 6 del d. lgs. n. 165/2001, operata dalla c.d. legge Brunetta, e la sua applicabilità agli enti locali.*

Il d. lgs. n.150/2009, all'art.40, ha portato rilevanti modifiche al d.lgs. n.165/2001, con particolare riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla PA.

E' stato, in particolare, novellato l'art. 19, co. 6 del cit. testo normativo, prevedendo che il conferimento di incarichi dirigenziali, a personale non appartenente ai ruoli dell'amministrazione conferente, debba avvenire (i) con un "*provvedimento motivato*", (ii) a soggetti "*di particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione*" e (iii) nel rispetto di rigidi percentuali numeriche da calcolare con esclusivo riferimento ai ruoli della dirigenza.

Tale intervento normativo (c.d. riforma Brunetta) ha tradotto in norma primaria i principi espressi, in particolare, dalle sentenze della C. cost. n.103 e 104 del 2007, improntando l'esercizio della gestione del rapporto di pubblico impiego, nel conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni, a criteri di trasparenza, economicità, buon andamento, imparzialità e meritocrazia, in ossequio al dettato dell'art. 97 cost..

In altri termini - prevedendo un sistema di conferimento degli incarichi dirigenziali rispettoso di rigidi contingenti numerici, dell'obbligo motivazionale e della accertata carenza di professionalità interna - il legislatore delegato ha tradotto in norma l'orientamento della giurisprudenza, soprattutto contabile, secondo il quale il ricorso a professionalità esterne è uno strumento di carattere eccezionale giustificato in tanto in quanto sia dettato da reali esigenze organizzative e dalla effettiva carenza di professionalità interne, accertata in seguito di concreta ricognizione del personale (Cfr., *ex plurimis*, C. Conti reg. Lazio,

sez. giurisd., 26.1.2006, n. 273).

Tale recente disciplina, tuttavia, ha fatto sorgere in dottrina e giurisprudenza dei dubbi interpretativi e applicativi di sensibile rilievo.

Si pone, in particolare, il problema della applicabilità o meno della c.d. riforma Brunetta, proprio con specifico riferimento al conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla PA, anche agli enti locali.

La questione non è di poco momento, posto che il conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione negli enti locali è regolato dall'art.110 del TUEL, che prevede un meccanismo diverso rispetto a quello che la riforma ha previsto per le amministrazioni statali.

La cit. norma del TUEL, infatti, non prevede la obbligatorietà della ricognizione delle professionalità interne prima dell'attribuzione di un incarico dirigenziale a soggetti esterni; nonché stabilisce percentuali numeriche calcolate non solo sul ruolo dirigenziale, ma anche su quello dei direttivi come previsto dalla pianta organica dell'ente.

A favore della diretta applicabilità del d. lgs. n. 150/2009 sta la lettera del co. 6 ter, dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001 ai sensi del quale le disposizioni dell'art. 19, co. 6 e co. 6 *bis*, si applicano anche alle regioni, alle province ed ai comuni, attraverso l'esplicito richiamo alle amministrazioni di cui al co.2 dell'art.1 del medesimo d. lgs. n. 165/2001.

Ne consegue che anche negli enti locali il conferimento degli incarichi dirigenziali dovrebbe avvenire nel rispetto di più rigidi contingenti numerici (in quanto calcolati solo in rapporto al ruolo della dirigenza) ed in ipotesi di riconosciuta carenza di adeguata professionalità interna.

Tale interpretazione appare preferibile an-

che sotto il profilo teleologico, tenuto presente che lo spirito della riforma Brunetta è quello di aumentare la meritocrazia nel pubblico impiego e di contenere la spesa pubblica.

Va, tuttavia, evidenziato che tale prospettiva - che, ripetesi, si basa peraltro sul tenore letterale dell'art. 19, co 6 *ter* del cit. d. lgs. n. 165/2001 come novellato dall'art.40 del d. lgs. n. 150/2009 - non è univocamente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Infatti è stato recentemente ed autorevolmente sostenuto che la citata disposizione normativa potrebbe non risultare direttamente applicabile agli enti locali in ragione: a) dell'autonomia regolamentare in materia organizzativa, prevista dall'art. 117, co. 6, cost.; b) dell'art. 1, co. 4, del d. lgs 267/2000, secondo il quale: *"Ai sensi dell'art. 128 cost. le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni"*; c) dell'art. 27 del d. lgs 165/2001, che si limiterebbe a prevedere un *"semplice"* dovere di adeguamento dell'ordinamento locale alle norme in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche; d) dell'art. 74 del d. lgs 150/2009 che non considera l'art. 19, co. 6, del d. lgs 165/2001 tra le norme direttamente applicabili agli enti locali.

Al riguardo si impongono le seguenti considerazioni.

Per quanto attiene il profilo esposto sub a) si rileva, in dottrina, che tale argomentazione non colga nel segno perchè l'autonomia regolamentare riguarda l'organizzazione dell'ente, non le modalità di costituzione del rapporto di lavoro con i dipendenti. Gli enti locali, dunque, sono autonomi nel disegnare la propria struttura, l'articolazione degli uffici, i sistemi di conferimento delle funzioni direzionali, ma non hanno alcuna competenza a fissare per via regolamentare i modi di reclutamento degli incarichi. Al riguardo va evidenziato che la riserva di legge prevista dall'art. 97, co. 3, cost., priva la fonte regolamentare locale di qualsiasi competenza in materia.

Per quanto attiene i profili esposti sub c) e d), sempre secondo la dottrina, non vi dovrebbero essere dubbi circa la impossibilità per gli stessi di precludere l'applicazione dell'art. 19, co. 6 e ss. d. lgs. n. 165/2001, posto

che, anche a fronte dell'art. 111 del TUEL che non sembra prevedere un adeguamento automatico della disciplina degli enti locali a quella delle amministrazioni statali, non riescono a superare tout court il tenore letterale del co. 6 *ter* del cit. testo normativo, che come detto ne afferma la diretta applicabilità.

Maggiori dubbi, invece, sorgono in relazione alla argomentazione suesposta sub b), posto che effettivamente l'art. 1, co. 4 del TUEL prevede che lo stesso possa essere modificato solo da una disposizione normativa che espressamente abroghi ovvero modifichi le norme dello stesso d. lgs. n. 267/2000.

Ne potrebbe conseguire la attuale vigenza ed applicabilità dell'art. 110 del TUEL agli enti locali, in deroga alla disciplina del novellato art.19, co. 6 del d. lgs. n.165/2001.

Tale soluzione, in vero, è quella prospettata dalla C. Conti, Sez. contr. Lombardia, nel parere n.308 del 17.3.2008: *"in virtù dell'autonomia organizzativa costituzionalmente riconosciuta agli enti locali e nell'attuale assenza di un intervento legislativo espresso sul punto, è da ritenere che le disposizioni di cui all'art. 110 TUEL in materia di conferimento di incarichi siano vigenti anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2009, che ha recato una significativa riforma delle modalità e dei limiti di conferimento di incarichi dirigenziali a contratto a tempo determinato nelle amministrazioni pubbliche"*.

Insomma la Corte dei Conti ritiene che, in assenza di una norma legislativa esplicitamente abrogatrice, l'art.110 del TUEL risulti tuttora applicabile agli enti locali, in virtù della loro autonomia costituzionalmente garantita. Tale interpretazione, però, è stata recentemente smentita dal Consiglio di Stato in s.g. che, nell'ordinanza della V Sezione n. 2800 del 17.6.2010, ha espressamente affermato che *"l'art.19 del d. lgs. n. 165/2001 come modificato dal d. lgs. n. 150 del 2009 è applicabile alle autonomie locali"*.

Il Consiglio di Stato in s.g. ha, quindi, ritenuto che il combinato disposto del co. 6 *ter* dell'art.19 e del co. 2 dell'art. 1 del d. lgs. n. 165/2001 determini un'espressa modifica del TUEL, ovvero una abrogazione delle norme dell'art. 119 del TUEL contrastanti con quan-

to disposto dai novelli co. 6 e 6 *bis* del cit. art.19 del d. lgs. n. 165/2001.

In vero sarebbe necessario, a qualunque delle soluzioni si aderisca, un intervento positivo del legislatore, anche di interpretazione autentica, che chiarisca definitivamente la applicabilità delle norme di cui al d. lgs. n. 150/2009 agli enti locali.

Da ultimo va evidenziato che il dato letterale dell'art.19, co. 6 *ter* del d. lgs. n.165/2001 appare confermato anche dal d.l. n. 78/2010 che, con riferimento alla revoca degli incarichi dirigenziali, utilizza la stessa formula, al fine di rivolgersi agli enti locali.

A conforto dell'applicabilità agli enti locali della norma in questione sta anche la considerazione che non appare convincente la tesi secondo cui il TUEL sarebbe, in virtù dell'art. 1, co. 4, una legge "*rinforzata*", modificabile solo da una norma *ad hoc*.

Infatti non esiste nel nostro ordinamento alcuna norma ordinaria che non possa essere abrogata o modificata da una norma di pari rango successiva nel tempo, anche tenuto presente che il fondamento costituzionale del citato art. 1, co. 4, ossia, l'art. 128 cost., è venuto meno, essendo stata tale norma abrogata dalla l. cost. n. 3/2001.

«.....GA.....»

## LA RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE DEI SOCI E DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ PARTECIPATE DA CAPITALE PUBBLICO

dell'Avv. Domenico Tomassetti

*Ammissibilità dell'azione contabile nei confronti di soci e amministratori delle società miste e partecipate alla luce delle recenti sentenze della Sezioni Unite della Corte di Cassazione.*

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con un serie di sentenze pubblicate dal mese di dicembre 2009 al mese di marzo 2010, hanno delineato i confini della responsabilità erariale in relazione agli amministratori ed ai soci delle società miste pubblico/privato ovvero delle società interamente partecipate da capitale pubblico.

Tali statuizioni rivestono notevole importanza, soprattutto nella realtà degli enti locali, ove lo strumento societario è largamente utilizzato sia ai fini dello svolgimento di servizi aventi natura commerciale e/o concorrenziale sia per lo svolgimento di attività più specificamente proprie dell'azione amministrativa, *strictu sensu* intesa.

Occorre distinguere preliminarmente tra società interamente a capitale pubblico (a) e società partecipate, c.d. società miste (b).

Con riguardo alle prime (a) - tra le quali si possono ulteriormente distinguere (i) le società concessionarie di pubblici servizi, (ii) gli enti pubblici economici (*et similia*) ed ancora (iii) le società private finanziate con fondi pubblici - tradizionalmente si ritiene sussista la possibilità per la Procura presso la Corte dei Conti di esercitare l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti degli organi di gestione delle stesse.

La ragione va ricercata, come meglio si dirà, nel fatto che (i) le società concessionarie di pubblici servizi svolgono una attività amministrativa funzionale, preordinata alla cura di interessi collettivi la cui mala gestio, al di là della forma con cui è costituita la società (che può essere anche una s.p.a. di diritto privato), produce un danno diretto all'erario.

Per tali società la Corte di Cassazione ha affermato la possibilità di esercitare azione di responsabilità per danno erariale anche nei

confronti di componenti del consiglio di amministrazione (Cfr. Cass, sez. un., 22.12.2009, n. 27092).

Stesso discorso può farsi (ii) per gli enti pubblici economici, organismi a capitale interamente pubblico, la cui attività, svolta secondo le regole del mercato, non porta ad escludere la responsabilità contabile dei relativi amministratori e dei soci in caso di gestione lesiva per l'erario, posto che trattasi in ogni caso di pubbliche amministrazioni (*rectius* enti incardinati nella pubblica amministrazione) finalizzati, seppur con gli strumenti del diritto privato, al perseguimento di fini superindividuali. D'altronde lo stesso art. 1, co. 1 bis della l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005, introduce nell'ordinamento il sistema dell'utilizzo di strumenti privatistici quale modo generale di esercizio della funzione amministrativa.

Sempre alla conclusione della possibilità di azione di responsabilità contabile nei confronti di soci ed amministratori di società si perviene nel caso (iii) di società private che ottengano finanziamenti dagli enti pubblici per finalità pubblicistiche.

Al riguardo la Corte di Cassazione afferma che è irrilevante "il titolo di in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato, posto che il discrimen tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile non è costituito dalla qualità del soggetto, ma dalla natura del danno e degli scopi perseguiti" (Cfr. Cass., sez. un., 3.3.2010, n.5019).

Il principio della rilevanza dell'attività svolta e dei fini perseguiti (che se sono pubblici sostanziano azioni di responsabilità con-

tabile ad opera della Corte dei Conti anche in caso di società di diritto comune) vale anche con riguardo alle società non interamente partecipate da capitale pubblico, c.d. miste (b).

Riguardo a tali società, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato la responsabilità contabile - ai sensi dell'art. 103, co. 2 della Costituzione nonché della l. n. 20/1994 - degli amministratori e dei soci di società partecipate da capitale pubblico tutte le volte che agli stessi sia imputabile un danno erariale per avere malamente esercitato la funzione amministrativa, intesa in senso stretto, che abbiano avuto occasione di porre in essere in ragione della loro carica sociale, anche al di là dell'attività di diritto privato svolta dalla società, come tale regolata esclusivamente dalle regole del mercato e non preordinata alla cura di interessi pubblici.

Nel caso di svolgimento di funzioni amministrative, la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere tra gli amministratori ed i soci di una società partecipata dalla pubblica amministrazione e la stessa PA (*rectius* tra la società e l'amministrazione) l'esistenza di un rapporto di servizio che giustifica, essendo preordinato alla gestione di interessi pubblici, l'azione contabile in luogo di quella ordinaria, a titolo di responsabilità extracontrattuale, per il ristoro dei danni cagionati direttamente all'erario da parte di organi sociali di siffatte società.

Va esclusa, invece, 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, laddove tali società non perdano la loro natura di enti privati anche nelle funzioni, posto che il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, non ne fa mutare la sostanza.

Infatti *"la scelta della PA di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta; dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, pur quando direttamente designati dal socio pubblico, logica-*

*mente 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 codice civile - in cui tali diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsivoglia altra società privata"* (Cfr. Cass, sez. un., 19.12.2009, n. 26806).

Tale interpretazione giurisprudenziale è indirettamente avvalorata dall'art. 16 *bis* della l. n. 31/2008, che prevedendo la giurisdizione del giudice ordinario per le ipotesi di responsabilità di soci di società con meno del 50% di capitale pubblico, implicitamente stabilisce che in caso di partecipazione erariale maggioritaria al capitale sociale, la giurisdizione sia della Corte dei Conti.

Purchè sussista la giurisdizione contabile è, pertanto, necessario il rispetto del principio enunciato dalla Corte di Cassazione - suscettibile in vero di consolidazione - secondo il quale il vero substrato della azione di responsabilità contabile nei confronti di amministratori e soci (*rectius* organi societari e di controllo) delle società miste non sta nella qualifica pubblica o privata dei predetti soggetti che eventualmente producano un danno all'erario, ma nella verifica se detto danno origina, sostanziosamente, dall'esercizio di una attività *strictu sensu* amministrativa, cioè preordinata alla cura di interessi superindividuali, che esulano dalla sfera del diritto privato.

In altri termini, se una società, per quanto partecipata da capitale pubblico, sta sul mercato come *"mera"* società commerciale senza svolgimento di compiti inerenti l'esercizio di funzioni amministrative, è chiaro che un danno cagionato alle finanze della stessa da parte di suoi soci o amministratori non produce all'erario alcun pregiudizio diretto, in quanto la lesione rimane nell'ambito del c.d. rischio di impresa proprio del diritto privato.

Ne consegue, in tale ipotesi, che il socio o l'amministratore che abbiano cagionato, per dolo o colpa, un danno alla società, saranno oggetto esclusivamente delle azioni di responsabilità sociale previste dagli artt. 2392 e ss. c.c., con esclusione di responsabilità erariale in ragione della mancanza di rilevanza

pubblicistica della attività stessa.

Infine la circostanza che l'amministrazione partecipi al capitale delle società rileva, sotto il profilo del danno erariale, anche nelle seguenti ipotesi: (1) nel caso in cui il danno alla società abbia prodotto un danno all'immagine dell'ente partecipante; ovvero (2) nel caso in cui, per la previsione e/o la gestione di danni alla società, siano stati preposti funzionari pubblici al controllo degli organi sociali, ma tali controlli non siano stati effettuati.

Nell'ipotesi descritta sub (1), rispondono comunque i soci ed amministratori della società partecipata, in quanto la partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici a società di diritto comune è idonea alla creazione di un rapporto di servizio sub specie di rispetto dell'obbligo al mantenimento dell'immagine del-

l'ente partecipante (Cfr. Cass., sez. un., 19.12.2009, n. 26806).

Nell'ipotesi descritta sub (2), *"potranno rispondere per danno erariale in luogo degli amministratori delle società, i funzionari pubblici che hanno la disponibilità delle azioni e dei diritti di voto nelle società pubbliche e che, in presenza di un danno alla società, non hanno promosso l'azione di responsabilità di diritto comune"* (Cfr. sent. cit.). Pertanto su tali soggetti grava un compito di vigilanza rafforzato e di controllo sull'operato degli amministratori di società nelle quali lo Stato e altri enti pubblici hanno immesso denaro proveniente dall'erario, suscettibile di una responsabilità erariale per condotta colposamente (colpa grave) o dolosamente omisiva.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

### - PUBBLICO IMPIEGO -

Corte costituzionale, 7.7.2010 n. 235

**Accesso - competenza regionale - è esclusiva.**

**Lavoro a tempo determinato - accesso - selezioni - caratteristiche.**

**L. reg. Sardegna 3/2009 - art. 3 - incostituzionalità.**

*La regolamentazione delle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale è riconducibile alla materia dell'organizzazione amministrativa delle regioni e degli enti pubblici regionali e rientra nella competenza residuale delle regioni di cui all'art. 117, co. 4, cost..*

*È ragionevole la scelta di procedere alla selezione concorsuale per soli titoli per le assunzioni a tempo determinato, trattandosi di metodo selettivo più snello, in luogo di quello, maggiormente garantito, per titoli ed esami, giustificato dal carattere temporaneo delle necessità organizzative da soddisfare e dalla conseguente esigenza di maggiore rapidità nello svolgimento delle selezioni.*

*Sono costituzionalmente illegittimi i co. 2 e 3 dell'art. 3, l. reg. Sardegna 7.8.2009 n. 3, nella parte in cui rispettivamente autorizzano la regione a finanziare programmi di stabilizzazione, prescindendo dall'espletamento di concorsi; e stabiliscono che comuni e province provvedano alla realizzazione dei programmi di stabilizzazione dei lavoratori precari, dettando criteri per la selezione del personale.*

*Le due norme infatti consentono che avvenga in modo indiscriminato lo stabile inserimento di lavoratori nei ruoli delle pubbliche amministrazioni sarde, senza condizionare tali assunzioni al previo superamento di alcun tipo di prova selettiva pubblica da parte degli interessati. Pertanto, esse si pongono in aperto contrasto con l'art. 97 cost., che impone il concorso quale modalità di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni e consente deroghe a tale principio solo qualo-*

*ra ricorrano esigenze particolari e sia adeguatamente garantita la professionalità dei prescelti.*

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 3, co. 12, l. reg. Sardegna 7.8.2009 n. 3, che autorizza la regione e gli enti regionali ad inquadrare i dipendenti in servizio a una certa data con contratto a tempo determinato, alla sola condizione che il rapporto di lavoro sia stato instaurato a seguito di concorso pubblico e che lo stesso sia stato prorogato almeno una volta alla data di entrata in vigore della legge.*

*Tale norma, invero, viola il principio del pubblico concorso, di cui agli artt. 51 e 97 cost. dacché la circostanza che il personale suscettibile di essere stabilizzato senza alcuna prova selettiva sia stato a suo tempo assunto con contratto a tempo determinato, sulla base di un pubblico concorso, per effetto della diversità di qualificazione richiesta delle assunzioni a termine rispetto a quelle a tempo indeterminato, non offre adeguata garanzia né della sussistenza della professionalità necessaria per il suo stabile inquadramento nei ruoli degli enti pubblici regionali, né del carattere necessariamente aperto delle procedure selettive.*

Corte costituzionale, 24.6.2010, n. 225

**Dipendenti regione Lazio - svolgimento incarichi dirigenziali per 5 anni - immissione ruolo dirigenza - illegittimità costituzionale art. 1, co. 52, l. reg. 11.8.2009, n. 22 - inammissibilità della costituzione della regione Lazio nel giudizio avanti la Consulta.**

*E' stata dichiarata la illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 51 e 97 della costituzione, della legge della regione Lazio 11.8.2009, n. 22 (Assessment al bilancio annuale e pluriennale 2009/2011 regione Lazio) nella parte in cui stabilisce che i soggetti che, previa selezione di evidenza pubblica hanno ri-*

*coperto, per almeno cinque anni consecutivi, incarichi dirigenziali nelle strutture della regione e attualmente prestano servizio presso le stesse sono, a domanda, immessi nel ruolo della dirigenza della regione.*

*Per la valorizzazione delle esperienze professionali maturate all'interno dell'amministrazione, il principio del pubblico concorso per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni può andare incontro a deroghe ed eccezioni solo se "l'area delle eccezioni" sia "delimitata in modo rigoroso" (sentenze n. 363 del 2006, n. 215 del 2009 e n. 9 del 2010).*

*In particolare è indispensabile che le eccezioni al principio del pubblico concorso siano numericamente contenute in percentuali limitate rispetto alla globalità delle assunzioni poste in essere dall'amministrazione; che l'assunzione corrisponda ad una specifica finalità funzionale dell'amministrazione; e, soprattutto, che siano previsti adeguati accorgimenti per assicurare comunque che il personale assunto abbia la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico (sentenza n. 215 del 2009).*

*Tale principio non è destinato a subire limitazioni neppure nel caso in cui il personale da stabilizzare abbia fatto ingresso, in forma precaria, nell'amministrazione con procedure di evidenza pubblica e neppure laddove la selezione a suo tempo svolta sia avvenuta con pubblico concorso.*

La Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle procedure selettive riservate che, in violazione del carattere pubblico del concorso, escludono o riducono irragionevolmente la possibilità dell'accesso esterno.

La norma regionale è stata censurata in quanto lesiva del principio del pubblico concorso e, in particolare, perchè di fatto autorizzava il personale dirigente assunto in via precaria ad essere stabilizzato su semplice domanda, senza alcuna ragione che ne giustificasse la necessità e senza alcuna valutazione della professionalità e dell'attività svolta da detti dirigenti.

La sentenza si segnala anche per la dichiarazione di inammissibilità della costituzione in giudizio della regione Lazio per mancanza di delibera di autorizzazione del Presidente della giunta regionale.

Infatti la costituzione in giudizio è avvenuta sulla scorta delle determinazioni del Segretario

generale del consiglio regionale e del dipartimento economico e occupazionale che fondavano la loro legittimazione sullo statuto della regione Lazio del 2004 che non prevede la competenza a deliberare sui giudizi innanzi alla Corte costituzionale.

La norma cui occorre fare riferimento doveva essere l'art. 32, co. 2 l. 11.3.1953, n. 87 secondo cui le questioni di legittimità costituzionali, *recte*, nel caso di specie, la deliberazione a costituirsi in tali giudizi, sono promosse dal Presidente della giunta regionale.

Corte costituzionale, 4.6.2010, n. 195

**Dipendenti regione Lazio - accesso ad un livello superiore in base a una precedente perequazione -disparità di trattamento con gli altri dipendenti - illegittimità costituzionale l.r. 16.4.2009, n. 14.**

*E' stata dichiarata la illegittimità costituzionale della legge della regione Lazio 16.4.2010, n. 14 (Disposizioni in materia di personale) che stabiliva che "è fatta salva la qualifica o categoria già attribuita al personale alla data di entrata in vigore della presente legge per effetto della applicazione dell'art. 22, co. 8 della l. reg. 1.7.1996, n. 25 (norme sulla dirigenza e sull'organizzazione regionale) e successive modifiche purchè lo stesso abbia svolto le funzioni o mansioni corrispondenti alla predetta qualifica o categoria, conferite con atto formale ed effettivamente esercitate per almeno un triennio".*

*La legge si pone in contrasto con i principi di imparzialità e di buon andamento di cui agli artt. 3 e 97 cost. in quanto, derogando alla regola del concorso pubblico per il reclutamento in assenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico, consente a molti dipendenti e dirigenti della regione Lazio di accedere direttamente ad un inquadramento superiore acquisto in base a un procedimento di perequazione ad essi esclusivamente riservato.*

*La perequazione determina una grave disparità di trattamento tra i dipendenti che ne verrebbero a beneficiare e quelli che hanno avuto accesso alle medesime qualifiche in virtù del superamento di un concorso.*

Il caso ha origine dalla legge della regione Lazio 23.3.1988, n. 15 che aveva consentito ad alcuni dipendenti regionali, già inquadrati in base

alla corrispondenza tra la qualifica rivestita nell'ente di provenienza e quelle proprie dell'ordinamento regionale, di ottenere una revisione di tale inquadramento sulla base di un criterio più favorevole (in particolare l'anzianità di servizio).

La sperequazione derivata da detta legge rispetto alla posizione degli altri dipendenti, ha portato la regione Lazio a promulgare la l.r. 25/1996 e il successivo regolamento 2/2001, consentendo l'inquadramento al restante personale secondo i criteri di cui alla l. 15/98.

Per effetto del successivo annullamento da parte del TAR del regolamento 2/2001 insieme agli atti di reinquadramento, il legislatore regionale ha approvato la norma in commento finalizzata a sanare la posizione dei soli dipendenti regionali "perequati" con la l. 15/98. Da qui la dichiarazione di incostituzionalità.

Corte cost., 7.6.2010, n. 207.

**Visite fiscali dei dipendenti pubblici assenti dal servizio per malattia. Onere della spesa a carico delle regioni ai sensi dell'art. 17, co. 23, lett. e d.l. 1.7.2009, n. 78 (c.d. "decreto anticrisi"), convertito con modificazioni dalla l. 3.8.2009, n. 102. Illegittimità costituzionale.**

*La disposizione impugnata, così come formulata, obbliga le Regioni a sostenere, per il tramite del fondo sanitario, l'onere delle visite fiscali ai dipendenti assenti dal servizio per malattia. Infatti, se è vero che gli accertamenti medico-legali effettuati dalle Aziende sanitarie rientrano nei compiti istituzionali del Servizio sanitario, ciò non comporta che le relative prestazioni siano effettuate a titolo gratuito.*

*La norma impugnata vanificherebbe la legittima scelta organizzativa regionale: imponendo la gratuità delle visite fiscali, il relativo onere verrebbe a ricadere sulle aziende sanitarie e, quindi, sul fondo sanitario regionale, imponendo la gratuità delle visite fiscali.*

E' stata ritenuta illegittima dalla Consulta la norma statale che intendeva far gravare sulle Regioni, per il tramite del fondo sanitario, l'onere delle spese per le visite fiscali ai dipendenti assenti dal servizio per malattia.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.7.2010 n. 4495

**Stabilizzazione – procedure – natura giuridica**

*Le procedure di stabilizzazione ex art. 1, co. 519, l. 296/2006, pur potendo essere "selettive" (nel senso della necessità dell'accertamento in capo agli aspiranti di requisiti di anzianità e idoneità, oltre che della valutazione del pregresso servizio prestato a tempo determinato), non hanno natura concorsuale.*

Corte Costituzionale, 7.7.2010 n. 235

**Accesso - competenza regionale - è esclusiva.**

**Lavoro a tempo determinato - accesso - selezioni – caratteristiche.**

**L. reg. Sardegna 3/2009 - art. 3 - incostituzionalità.**

*La regolamentazione delle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale è riconducibile alla materia dell'organizzazione amministrativa delle regioni e degli enti pubblici regionali e rientra nella competenza residuale delle regioni di cui all'art. 117, co. 4, cost..*

*È ragionevole la scelta di procedere alla selezione concorsuale per soli titoli per le assunzioni a tempo determinato, trattandosi di metodo selettivo più snello, in luogo di quello, maggiormente garantito, per titoli ed esami, giustificato dal carattere temporaneo delle necessità organizzative da soddisfare e dalla conseguente esigenza di maggiore rapidità nello svolgimento delle selezioni.*

*Sono costituzionalmente illegittimi i co. 2 e 3 dell'art. 3, l.reg. Sardegna 7.8.2009 n. 3, nella parte in cui rispettivamente autorizzano la Regione a finanziare programmi di stabilizzazione, prescindendo dall'espletamento di concorsi; e stabiliscono che comuni e province provvedano alla realizzazione dei programmi di stabilizzazione dei lavoratori precari, dettando criteri per la selezione del personale. Le due norme infatti consentono che avvenga in modo indiscriminato lo stabile inserimento di lavoratori nei ruoli delle pubbliche amministrazioni sarde, senza condizionare tali assunzioni al previo superamento di alcun tipo di prova selettiva pubblica da parte degli interessati. Pertanto, esse si pongono in aperto contrasto con l'art. 97 cost., che impone il concorso quale modalità di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni e consente deroghe a tale principio solo qualora ricorrano esigenze particolari e sia adeguatamente garantita la professionalità dei prescelti.*

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 3, co. 12, l. reg. Sardegna 7.8.2009 n. 3, che autorizza la regione e gli enti regionali ad inquadrare i dipendenti in servizio a una certa data con contratto a tempo determinato, alla sola condizione che il rapporto di lavoro sia stato instaurato a seguito di concorso pubblico e che lo stesso sia stato prorogato almeno una volta alla data di entrata in vigore della legge. Tale norma, invero, viola il principio del pubblico concorso, di cui agli artt. 51 e 97 cost. dacché la circostanza che il personale suscettibile di essere stabilizzato senza alcuna prova selettiva sia stato a suo tempo assunto con contratto a tempo determinato, sulla base di un pubblico concorso, per effetto della diversità di qualificazione richiesta delle assunzioni a termine rispetto a quelle a tempo indeterminato, non offre adeguata garanzia né della sussistenza della professionalità necessaria per il suo stabile inquadramento nei ruoli degli enti pubblici regionali, né del carattere necessariamente aperto delle procedure selettive.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.7.2010 n. 4235  
**Mansioni superiori - funzioni primariali - retribuibilità - sussiste.**

*In presenza di un posto vacante, lo svolgimento delle mansioni primariali da parte di chi si trovi in posizione funzionale intermedia, comporta il riconoscimento del relativo trattamento economico, indipendentemente da ogni atto organizzativo da parte dell'amministrazione, in quanto non è configurabile l'ipotesi di una struttura sanitaria che rimanga priva dell'organo di vertice responsabile dell'attività esercitata nel suo ambito. In particolare l'obbligo della retribuzione delle mansioni svolte dall'aiuto ospedaliero sul posto vacante e disponibile di primario, discende: dall'art. 7, co. 5, d.p.r. 128/1969, che fa obbligo all'aiuto di svolgere le funzioni del primario, in caso di assenza, di impedimento o di urgenza, con la conseguenza che, in ipotesi di posto vacante, non è esercitata una temporanea funzione vicaria, ma si ha una stabile esplicazione di una mansione superiore a quella della posizione rivestita; dall'art. 29 d.P.R. 761/1979, il quale dispone che, in caso di esigenze di servizio, il dipendente "può eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori", l'assegnazione non può*

*eccedere i sessanta giorni nell'anno solare e non costituisce esercizio di mansioni superiori la sostituzione di personale in posizione funzionale più elevata, quando la sostituzione rientri fra i compiti ordinari di quella sottostante; dall'art. 121, co. 7, d.P.R. 384/1990, il quale dispone nel senso che l'incarico di mansioni superiori comporta il compenso, eccetto che per i primi sessanta giorni, per un periodo fino a sei mesi (fermo restando che il superamento del termine di sei mesi per lo svolgimento di mansioni, come fatto riconducibile ad attività e ad obblighi imposti all'amministrazione, e da questa non osservati, non fa venir meno lo svolgimento di mansioni superiori, la quali vanno, perciò, riconosciute sul piano economico, sempre in dipendenza dell'obbligo di prestazione gravante sul medico).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.7.2010 n. 4236  
**Mansioni superiori - rilevanza - in assenza di previsione legislativa - non sussiste.**

*Le mansioni superiori svolte dal dipendente rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento, sono del tutto irrilevanti sia ai fini sia economici, sia di progressione di carriera, salvo che la legge non disponga altrimenti.*

*Ciò in quanto il rapporto di pubblico impiego non è assimilabile al rapporto di diritto privato, perché gli interessi coinvolti non sono disponibili e anche perché l'attribuzione delle mansioni e del relativo trattamento economico devono avere il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di nomina o di inquadramento, non potendo tali elementi costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari. Al fine di rendere rilevanti le mansioni superiori adempiute da un pubblico dipendente non è invocabile l'art. 2126 c.c., il quale, oltre a non dare rilievo alle mansioni svolte in difformità dal titolo invalido, riguarda il fenomeno del tutto diverso (lo svolgimento di attività lavorativa da parte di chi non è qualificabile pubblico dipendente) ed afferma il principio della retribuibilità del lavoro prestato sulla base di un atto nullo o annullato. Esso, pertanto, non incide in alcun modo sui principi concernenti la portata dei provvedimenti che individuano il trattamento giuridico ed economico dei dipendenti pubblici e non consente di disapplicare gli atti di nomi-*

na o di inquadramento emanati in conformità di leggi e di regolamenti. Né a tal uopo rilevano l'art. 2103 c.c., dacché tale norma può essere applicata soltanto nei limiti previsti da norme speciali; o l'art. 36 cost., che sancisce il principio di corrispondenza della retribuzione alla qualità e alla quantità del lavoro prestato, non potendo la norma trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale.

C. conti, Sez. autonomie. Deliberazione 29.4.2010, n. 10.

**Dipendenti Enti locali - progressioni verticali mediante concorso pubblico - abolizione.**

**Applicazione art. 62 d. lgs. 150/2009 che abroga l'art. 91 T.U.E.L. - decorrenza dal 1.1.2010.**

L'art. 91 T.U.E.L., nella parte in cui prevede concorsi interamente riservati al personale dipendente - articolo già disapplicato dalla contrattazione collettiva in forza del previgente art. 2, d. lgs. 165/2001 - deve ora ritenersi abrogato per incompatibilità con il d. lgs. 150/2009.

Ferma la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50% di quelli messi a concorso, decorre dal 1.1.2010.

TAR Lazio, I bis, 25.5.2010, n. 13315

**Visita fiscale - mancata reperibilità del lavoratore - indifferibile visita di controllo - perdita del trattamento economico - illegittimità.**

L'assenza del lavoratore da una visita di controllo domiciliare, per non comportare la perdita del trattamento economico per malattia, deve essere giustificata da un caso di forza maggiore o da una situazione che, per quanto non insuperabile o tale da comportare, se non osservata, la lesione di beni primari, abbia reso indifferibile altrove la presenza personale del lavoratore in un orario compreso nelle fasce di reperibilità (Cass. Civ. Sez. Lav. 9.3.2010, n. 5718).

Il giustificato motivo di esonero dall'obbligo di reperibilità a visita domiciliare di controllo non si identifica necessariamente con il concetto di

forza maggiore (che postula un impedimento assoluto dovuto a causa ineluttabile), ricorrendo anche in presenza di un ragionevole impedimento e di qualsivoglia serio motivo di assenza durante la "fascia oraria" la cui dimostrazione ricade sul lavoratore.

La dipendente si era dovuta recare presso un Ospedale per un urgente controllo, durante il quale è stata fatta la visita fiscale.

Successivamente alla riscontrata irreperibilità, la dipendente forniva alla amministrazione di appartenenza la propria documentata giustificazione, dalla stessa non ritenuta idonea tanto da sospendere le competenze stipendiali.

La sentenza in commento e quelle ivi richiamate si segnalano per il fatto che sono state pronunziate nella vigenza del d.m. 206/2009 in vigore dal 4.2.2010 che regola le fasce di reperibilità del dipendente in malattia e i casi di esclusione dall'obbligo di reperibilità.

TAR Abruzzo, Aq., Sez. I, 24.5.2010, n. 420

**Incarichi dirigenziali - scelta dei soggetti da nominare - efficacia dell'atto di nomina. Requisiti.**

La PA fruisce di un potere ampiamente discrezionale in ordine al conferimento degli incarichi dirigenziali, in ragione del ruolo di collegamento di tali incarichi tra la funzione di indirizzo politico e quella amministrativa, in ossequio al principio legislativo secondo il quale, nella attribuzione delle qualifiche di vertice, deve privilegiarsi l'obiettivo della piena efficienza della PA, attraverso la più ampia possibilità di reperimento dei soggetti più capaci e meritevoli che appunto giustifica l'evidenza pubblica.

Il procedimento di nomina del direttore generale rientra nella categoria di procedimenti autoritativi e l'atto che ne consegue è atto discrezionale di alta amministrazione che assolve ad una funzione di raccordo tra gli atti di indirizzo politico e gli atti amministrativi in senso stretto.

La nomina del Direttore generale è stata ritenuta legittima in quanto, prescindendo da ogni forma di valutazione comparativa dei requisiti con quelli di altri candidati (pur dandone conto nella parte motiva del provvedimento), è avvenuta sulla base di valutazioni di carattere eminentemente fiduciario che hanno fatto ritenere all'ente nominante che le mansioni pubbliche



---

potessero essere svolte dal nominando in ma-  
niera ottimale in linea con l'indirizzo politico

della medesima PA.

«.....GA.....»

## - RESPONSABILITÀ -

C. conti, Lazio, 13.4.2010, n. 793

**Comune di Roma - sedute commissioni municipali verbalizzate in assenza del Segretario - inesistenza - gettoni presenza e retribuzione dei permessi fruiti - illiceità - risarcimento del danno.**

*La deliberazione di un organo collegiale si sostanzia nelle due componenti della determinazione volitiva e della verbalizzazione, onde la mancanza della seconda comporta di regola la nullità della prima.*

*Il verbale della seduta di organo collegiale amministrativo costituisce requisito sostanziale della attività del collegio deliberante ed è quindi elemento costitutivo della relativa fattispecie provvedimentale.*

*Nel caso di specie i verbali erano stati redatti e firmati direttamente dal Presidente o dal Vice Presidente della Commissione invece che dal Segretario, con ciò risultando giuridicamente inesistente la stragrande maggioranza delle asserite riunioni che è come se non si fossero mai svolte.*

*Il danno all'erario è stato perpretato, a nulla rilevando la difesa dei convenuti secondo cui il mandato politico affidato ai consiglieri fosse stato comunque espletato di guisa da legittimare la corresponsione del gettone.*

Ben 77 riunioni si sono tenute senza il Segretario verbalizzante a fronte di 11 con la sua presenza.

Esse riunioni sono giuridicamente inesistenti e il gettone di presenza percepito deve essere restituito.

Nel caso di specie, peraltro, non c'è stata, da parte della struttura burocratica del comune di Roma, quella attività di vigilanza che, al momento del pagamento del gettone, avrebbe dovuto accertare i motivi della mancanza dai verbali della firma del funzionario verbalizzante.

Per tale circostanza, per il "generale lassismo" dimostrato nella fattispecie dagli organi del Comune di Roma istituzionalmente preposti alla vigilanza e al pagamento, il Collegio ha operato una congrua riduzione dell'addebito dovuto dai singoli convenuti condannati a rimborsare al Comune una somma inferiore stante, si ri-

pete, la correttezza della medesima amministrazione nella causazione del danno.

TAR Campania, Na, Sez. V, 11.5.2010, n. 3683  
**Rifiuti abbandonati - responsabilità solidale del proprietario dell'area - necessità del dolo o della colpa.**

*In caso di rinvenimento di rifiuti da parte di terzi ignoti, il proprietario o comunque il titolare in uso di fatto del terreno non può essere chiamato a rispondere della fattispecie di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti sulla propria area se non viene individuato a suo carico l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, per cui lo stesso soggetto non può essere destinatario di ordinanza sindacale di rimozione in pristino.*

Già il d.l. 22/97, in tema di abbandono incontrollato sul suolo e nel suolo, addebitava l'illecito ambientale al "responsabile dell'inquinamento" e accollava, in solido, al proprietario dell'area, nel caso di dolo o di colpa, la rimozione, l'avvio a recupero o lo smaltimento dei rifiuti ed il ripristino dello stato dei luoghi.

La vigenza del d. lgs. 152/06, conferma la precedente normativa imponendo a chi inquina la bonifica in solido col proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento dell'area solo nel caso in cui, all'esito di accertamenti effettuati in contraddittorio emerga, in capo a questi, una imputabilità a titolo di dolo o colpa.

TAR Lombardia, Mi, Sez.IV, 27.4.2010, n. 1159

**Rifiuti - ordinanza di bonifica - società fallita utilizzatrice dell'area - difetto di legittimazione passiva.**

*La responsabilità del proprietario del terreno nel quale si trovano abbandonati rifiuti, deve essere accertata in concreto quanto meno a titolo di colpa e di tale responsabilità se ne deve dare atto nel provvedimento che ordina la rimozione dei rifiuti.*

*(Nel caso di specie) l'accumulo dei rifiuti è dipeso dalla utilizzazione delle aree per l'attività di produzione di vernici portata avanti da una*

*Società poi fallita.*

*In mancanza della prova di un ruolo attivo dei ricorrenti nelle scelte imprenditoriali della società fallita, viene meno il titolo per richiedere agli stessi una condotta di ripristino del sito inquinato dai rifiuti abbandonati.*

I ricorrenti hanno dedotto che non avevano legittimazione passiva in quanto non erano soci o

amministratori della società fallita né avevano detenuto, in ragione di diritti reali o personali di godimento, gli immobili ove erano stati accumulati i rifiuti. Il Collegio ha pertanto ritenuto che l'ordinanza sindacale volta alla rimozione dei rifiuti fosse priva del suo fondamento giuridico perché manca, in capo ai ricorrenti, l'elemento soggettivo della colpa.

«.....GA.....»

# BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **PER LA CORTE DEI CONTI NON POSSONO ESSERE BLOCCATI GLI AUMENTI PER I CANONI IDRICI**

*Con la delibera n. 26/2010/SRCPIE/PAR del 14.4.2010 la Corte dei Conti ha specificato che le disposizioni contenute nell'art. 1, comma 7, del d.l. 27.5.2008, n. 93 (recante disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie), convertito nella l. 24.7.2008, n. 126, ed il successivo art. 77 is, co. 30, del d.l. 25.6.2008, n. 112 (recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito nella l. 6.8.2008, n. 133, dettate al fine di contenere gli oneri finanziari a carico dei cittadini e delle imprese a fronte della generale congiuntura economica e che sospendono il potere dell'ente locale di disporre aumenti tributari a carico della propria collettività, non riguardano le tariffe relative all'acquedotto in quanto queste sono qualificabili come entrate extratributarie perché direttamente collegate all'erogazione/fruizione di un servizio pubblico, quello idrico, c.d. "divisibile" e a domanda individuale (Red. Paolo Romani).*

«..... GA.....»

### **MINISTERO INTERNO - DIPARTI- MENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI - NUOVI PARAMETRI DI DEFICITARIETÀ STRUTTURALE DI CUI AL D.M. 24.9.2009 - CIRC. N. 14 DEL 2.7.2010**

#### *1. Consistenza dei debiti fuori bilancio.*

*Per meglio delimitare l'ambito del parametro relativo alla consistenza dei debiti fuori bilancio (parametro n. 8 di comuni e n. 5 per province e comunità montane) si forniscono di seguito ulteriori chiarimenti, oltre a quanto già precisato in proposito nella circolare n. 4 del 3.3.2010.*

*Si è già detto che il parametro si considera negativo ove la soglia venga superata in tutti gli ultimi tre anni, nel senso che essa deve essere superiore all'1 per cento dei valori di accertamento delle entrate correnti dell'anno di riferimento del rendiconto e nei due anni precedenti.*

*In altri termini, il valore dei debiti fuori bilancio di ognuno degli ultimi anni va rapportato al valore degli accertamenti delle entrate correnti del corrispondente anno.*

*Quanto al valore dei debiti fuori bilancio da considerare, esso è quello dei debiti riconosciuti come da metodologia per l'applicazione dei parametri approvata in sede di Conferenza Stato, città ed autonomia locale e che fa riferimento, ai fini della quantificazione, al quadro contabile n. 10 del certificato per comuni e province e al quadro contabile n. 9 per le comunità montane.*

*2. Indicazioni per gli enti della regione Friuli Venezia Giulia, Valle d'Aosta e delle province autonome di Trento e Bolzano.*

*La presente comunicazione viene inviata solo per conoscenza agli enti della regione Friuli Venezia Giulia, Valle d'Aosta e delle province autonome di Trento e Bolzano i cui dati contabili, ivi compresi i dati dei parametri di deficitarietà strutturale, vengono acquisiti - come per il passato - solo per esigenze di coordinamento statistico ed informativo dei dati dell'amministrazione statale. Gli enti dei*

predetti territori non sono, infatti, soggetti ai controlli statali previsti dall'articolo 243 del tuoei per la speciale autonomia in materia di finanza locale.

Si pregano gli Uffici territoriali in indirizzo di portare a conoscenza di comuni, province e comunità montane della rispettiva provincia il contenuto della circolare che viene reso visualizzabile, altresì, sulle pagine del sito internet di questa Direzione centrale alla voce "le circolari e i decreti". Roma lì, 2.7.2010 IL DIRETTORE CENTRALE (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

**MINISTERO DELL'INTERNO – DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI - COMUNICATO DEL 6.7.2010 - CRITERI PER IL RIMBORSO AI COMUNI DEI MINORI INTROITI ADDIZIONALE IRPEF**

Si comunica che sono stati inseriti nella spettanza dell'anno 2010 – voce "altri contributi generali"- i dati relativi al trasferimento compensativo per i minori introiti derivanti dall'addizionale irpef degli anni 2009 e 2010. I minori introiti sono conseguenti alle modifiche della disciplina dell'irpef introdotte: dall'articolo 1, co. 10, 11, 13, e 15 della l. 28.12.2007, n. 244 (l. finanziaria 2008) relativi tra l'altro, a detrazioni per contratti di locazione e per carichi di famiglia; dall'art. 2 del d.l. 27.5.2008, n. 93 convertito dalla l. 24.7.2008, n. 126, relativo a misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro le cui disposizioni sono state prorogate per l'anno 2009 dall'art. 5, co. 1; del d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito dalla l. 28.1.2009, n. 2; dall'art. 6, co. 1, del d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito dalla l. 28.1.2009, n. 2 relativo alla deduzione dall'ires e dall'irpef della quota irap relativa

al costo del lavoro e degli interessi.

Con decreto del direttore centrale della finanza locale del 1.7.2010, n. 6968, emanato previa intesa con la Conferenza Stato – città ed autonomie locali, sono stati individuati i criteri di ripartizione delle risorse finanziarie destinate al rimborso ai comuni dei minori introiti connessi all'addizionale irpef.

In particolare l'art. 1, del citato provvedimento stabilisce che le somme disponibili per gli anni 2009 e 2010 sono ripartite tra i comuni in proporzione al reddito imponibile irpef 2007 ed alle aliquote dell'addizionale comunale applicate per lo stesso anno.

Le voci di spettanza "003324" e "003325" (consultabili nell'apertura della voce "trasferimenti compensativi addizionale irpef") si riferiscono ai minori introiti connessi alle disposizioni di cui ai punti 1) e 2) rispettivamente spettanti per l'anno 2009 e per l'anno 2010.

La voce di spettanza "003327" (consultabile nell'apertura della voce "trasferimenti compensativi addizionale irpef") si riferisce ai minori introiti connessi alle disposizioni di cui al punto 3).

Si comunica altresì che in data 6.7.2010 si è provveduto all'erogazione degli importi spettanti per l'anno 2010 (voci di spettanza "003326" e "003327").

Relativamente agli importi spettanti per l'anno 2009 (voce di spettanza "003325") alla loro erogazione si provvederà dopo l'assegnazione dei fondi di cassa.

Si segnala infine che il trasferimento compensativo in argomento è previsto anche per l'anno 2011 nella misura complessiva di euro 26,5 milioni mentre per gli anni 2012 e successivi non sono previste risorse di bilancio destinate al finanziamento dell'intervento. IL DIRETTORE CENTRALE (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LA MANOVRA ECONOMICA E LA CORREZIONE DEI CONTI PUBBLICI – COMUNI – PROVINCE – REGIONI – D.L. 78/2010

*Introduzione alle novità del d.l. n. 78 del 2010  
del Dott. Michele Scognamiglio*

La manovra in corso di discussione in sede parlamentare si ispira fundamentalmente al principio del consolidamento dei conti pubblici attraverso il contenimento della dinamica della spesa corrente nel rispetto degli obiettivi di finanza pubblica previsti dall'aggiornamento del programma di stabilità e crescita.

L'obiettivo di fondo da raggiungere è quello di avviare un lento ma deciso passo verso la riduzione dei deficit di settore dei servizi del comparto pubblico allargato con la compressione della spesa corrente improduttiva e susseguente sostegno alle PMI in un contesto decisamente migliorato

In particolare il d.l. 31.5.2010, n. 78 detta disposizioni in ordine alle *“misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”* con l'obiettivo di recuperare margini di liquidità al sistema pubblico integrato e privato, con l'obiettivo di frenare la crescita della spesa pubblica nei settori della pubblica amministrazione allargata, recuperare sacche di evasione fiscale, puntando ad una crescita effettiva interna della domanda, non sostenuta dal contributo pubblico.

Difatti, il Governo nell'emanare il testo giustifica il provvedimento d'urgenza, quale ampio processo di *“contenimento della spesa pubblica e per il contrasto all'evasione fiscale ai fini della stabilizzazione finanziaria, nonché per il rilancio della competitività economica”* da finalizzare in un biennio al valore di euro 12 miliardi l'anno, che rap-

portato all'intero bilancio dello Stato l'incidenza si valuta all'incirca del 1,50%.

La manovra interessa ampi spazi del sistema economico che per le dinamiche d'interesse istituzionali locali sono di concreto interesse gli aspetti salienti significati di seguito.

All'art. 82 del TUEL il nuovo co. 2, i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto a percepire, solo ed unicamente una indennità di funzione mensile onnicomprensiva non superiore ad un quinto dell'indennità massima prevista dal rispettivo sindaco o presidente in base ai parametri di valore espressi con d.m. del ministero dell'interno.

### **Nessuna indennità è dovuta ai consiglieri circoscrizionali.**

Con decreto del Ministro dell'interno si provvederà a rideterminare gli importi delle indennità già determinate ai sensi del citato art. 82, con una diminuzione

- del 3% per un periodo non inferiore a tre anni, per i comuni con popolazione fino a 15.000 abitanti e per le province;
- del 7% per i comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti fino a 500.000 abitanti;
- del 10% per i comuni con popolazione fino a 250000 abitanti e per le province con popolazione tra 500.000 e un milione di abitanti.

Sono esclusi dall'applicazione della riduzione delle indennità i comuni con meno di 1000 abitanti.

Con il medesimo decreto è determinato altresì l'importo dell'indennità di funzione massimo attribuibile.

Agli amministratori di comunità montane e di unioni di comuni e comunque di enti territoriali diversi da quelli di cui all'art. 114 della costituzione, aventi per oggetto la gestione di servizi e funzioni pubbliche non possono essere attribuite retribuzioni, gettoni, o indennità o emolumenti in qualsiasi forma siano essi percepiti.

Restano in applicazione le somme dovute per il pagamento delle spese per spese di indennità di missione, effettivamente sostenute e dimostrate in quanto sono soppresse le modalità di rimborso forfetario onnicomprensivo per le altre spese.

Non sono più attribuibili i gettoni di presenza delle commissioni consiliari e partecipazione alle sedute di consiglio comunale.

Gli organismi pubblici, ovvero di diritto pubblico anche con personalità giuridica di diritto privato (società *in house*) provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti al fine di assicurare che gli organi di amministrazione e quelli di controllo, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti, con la riduzione del compenso del 10% a decorrere dal 1.1.2011 rispetto a quelli in godimento alla data dell'entrata in vigore del d.l. 78/2010.

Al fine di valorizzare le professionalità interne alle amministrazioni, a decorrere dall'anno 2011 la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza, inclusa quella relativa a studi ed incarichi di consulenza conferiti a pubblici dipendenti, sostenuta dalle pubbliche amministrazioni non può essere superiore al 20 per cento di quella sostenuta nell'anno 2009.

L'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti in via del tutto eccezionale con atto motivato e programmato ai fini finanziari costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale, per il dirigente che ha conferito l'incarico.

Analogamente a decorrere dall'anno 2011 le amministrazioni pubbliche non possono effettuare spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza,

per un ammontare superiore al 20 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009 per le medesime finalità.

A decorrere dall'anno 2011 le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione non possono effettuare spese per sponsorizzazioni.

Analogamente le società pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione e comunque gli organismi di diritto pubblico in gestione *in house* si dovranno conformare al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni.

In ogni caso l'inerenza della spesa effettuata per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, è attestata con apposita relazione sottoposta al controllo del collegio sindacale.

A decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni pubbliche non possono effettuare spese di ammontare superiore all'80 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009 per l'acquisto, la manutenzione, il noleggio e l'esercizio di autovetture, il predetto limite può essere derogato, per il solo anno 2011, esclusivamente per effetto di contratti pluriennali già in essere.

Al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c., effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, nè rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti.

### **Razionalizzazione e risparmi di spesa delle amministrazioni pubbliche.**

Nel rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti locali, sono tenuti ad adeguarsi ai principi di contenimento della spesa per locazioni passive, manutenzioni ed altri costi legati all'utilizzo degli immobili.

In tal senso si riduce al 2% il limite della spesa annuale di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili utilizzati.

Al fine dell'ottimizzazione della spesa per consumi intermedi nell'ambito del programma di razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi, la Consip S.p.A. fornisce il necessario supporto all'iniziativa, che potrà prendere in considerazione le eventuali proposte che emergeranno dai lavori dei Nuclei di Analisi e valutazione della spesa.

Sulla base dei criteri e delle indicazioni le amministrazioni e di per se gli enti locali centrali e periferiche dello Stato elaborano piani di razionalizzazione che riducono la spesa annua per consumi intermedi del 3 per cento nel 2012 e del 5 per cento a decorrere dal 2013 rispetto alla spesa del 2009.

I risparmi conseguiti concorrono alla realizzazione degli obiettivi finanziari di consolidamento dei conti pubblici.

### **Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico.**

Per gli anni 2011, 2012 e 2013 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio, previsto dai rispettivi ordinamenti delle amministrazioni pubbliche non può superare, in ogni caso, il trattamento in godimento nell'anno 2010.

A decorrere dal 1.1.2011 e sino al 31.12.2013 i trattamenti economici complessivi dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, previsti dai rispettivi ordinamenti, superiori a 90.000 euro lordi annui sono ridotti del 5 per cento per la parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché del 10 per cento per la parte eccedente 150.000 euro.

### **I rinnovi contrattuali del personale dipendente dalle pubbliche amministrazioni**

**per il biennio 2008-2009 per il medesimo biennio non possono, in ogni caso, determinare aumenti retributivi superiori al 3,2 per cento.**

Tale disposizione si applica anche ai contratti ed accordi stipulati prima della data di entrata in vigore del d.l. 78/2010.

Le clausole difformi contenute nei predetti contratti ed accordi sono inefficaci a decorrere dalla mensilità successiva alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, i trattamenti retributivi saranno conseguentemente adeguati.

E' fatta salva l'erogazione dell'indennità di vacanza.

### **Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali.**

Le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2011-2013 nelle misure seguenti:

a) le regioni a statuto ordinario per 4.000 milioni di euro per l'anno 2011 e per 4.500 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012;

b) le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano per 500 milioni di euro per l'anno 2011 e 1.000 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012;

c) le province per 300 milioni di euro per l'anno 2011 e per 500 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012, attraverso la riduzione di cui al co. 2;

d) i comuni per 1.500 milioni di euro per l'anno 2011 e 2.500 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2012.

Di qui i trasferimenti statali a qualunque titolo spettanti agli enti suindicati sono ridotti in modo proporzionalmente secondo criteri e modalità stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sentita la Conferenza Stato regioni.

In caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno relativo agli anni 2010 e successivi i trasferimenti dovuti agli enti locali che risultino inadempienti nei confronti del patto di stabilità interno sono ridotti, nell'anno successivo, in misura pari alla *differenza tra il risultato registrato e l'obiettivo program-*

*matico predeterminato.*

La riduzione è effettuata con decreto del Ministro dell'interno, a valere sui trasferimenti corrisposti dallo stesso ministero, con esclusione di quelli destinati all'onere di ammortamento dei mutui.

In caso di insufficienza dei trasferimenti, ovvero nel caso in cui fossero stati in parte o in tutto già erogati, la riduzione viene effettuata a valere sui trasferimenti degli anni successivi.

In tema di spesa del personale il d.l ha innovato e chiarito il sistema di calcolo dei limiti di spesa del personale prevedendo che gli enti sottoposti al patto di stabilità interno assicurano la riduzione delle spese di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico delle amministrazioni e dell'IRAP, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, garantendo il contenimento della dinamica retributiva e occupazionale, con azioni da modulare nell'ambito della propria autonomia e rivolte, in termini di principio, ai seguenti ambiti prioritari di intervento:

a) riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al complesso delle spese correnti, attraverso parziale reintegrazione dei cessati e contenimento della spesa per il lavoro flessibile;

b) razionalizzazione e snellimento delle strutture burocratico-amministrative, anche attraverso accorpamenti di uffici con l'obiettivo di ridurre l'incidenza percentuale delle posizioni dirigenziali in organici;

c) contenimento delle dinamiche di crescita della contrattazione integrativa, tenuto anche conto delle corrispondenti disposizioni dettate per le amministrazioni statali.

Ai fini del calcolo della spesa del personale costituiscono spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'art. 110 del TUEL, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente.

In caso di mancato rispetto dei limiti di spesa si applica il divieto di assunzioni di nuovo personale.

Diversamente è stata abrogata la previsione dell'emanazione del d.P.M. necessario per orientare le variazioni della spesa del personale.

A partire dal 1.1.2011 viene espressamente fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 40% delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente.

Le province e i comuni con più di 5.000 abitanti possono escludere dal saldo rilevante ai fini del rispetto del patto di stabilità interno relativo all'anno 2010 i pagamenti in conto capitale effettuati entro il 31.12.2010 per un importo non superiore allo 0,78 per cento dell'ammontare dei residui passivi in conto capitale risultanti dal rendiconto dell'esercizio 2008, a condizione che abbiano rispettato il patto di stabilità interno relativo all'anno 2009.

Le funzioni fondamentali dei comuni, previste dall'art. 21, co. 3, della l. n. 42/09, sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti.

Tali funzioni sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni, appartenenti o già appartenuti a comunità montane, con popolazione stabilita dalla legge regionale e comunque inferiore a 3.000 abitanti.

I comuni non possono svolgere singolarmente le funzioni fondamentali svolte in forma associata. La medesima funzione non può essere svolta da più di una forma associativa.

La regione, nelle materie di propria competenza, individua con propria legge, previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del consiglio delle autonomie locali, la dimensione territoriale ottimale per lo svolgimento delle funzioni fondamentali in forma associata, secondo i principi di economicità, di efficienza e di riduzione delle spese.

In materia di gestioni *in house* i comuni

con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società.

Entro il 31.12.2010 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del d.l.78/2010 ovvero ne cedono le partecipazioni.

La disposizione in parola non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.

I comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società.

Entro il 31.12.2010 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite.

In materia di TIA il d.l. ha affermato che la natura della tariffa prevista dall'art. 238 del d. lgs. 152/2006 non è tributaria.

Le controversie relative alla predetta tariffa, sorte successivamente alla data di entrata in vigore del d.l. 78/2010 rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

### **Partecipazione dei comuni all'attività di accertamento tributario e contributivo.**

I comuni partecipano all'attività di accertamento fiscale e contributivo.

Tale attività consiste tra l'altro, nella segnalazione all'Agenzia delle entrate, alla Guardia di finanza e all'INPS, di elementi utili ad integrare i dati contenuti nelle dichiarazioni presentate dai contribuenti per la determinazione di maggiori imponibili fiscali e contributivi:

a) i comuni con popolazione superiore a cinquemila abitanti sono tenuti ad istituire, laddove non vi abbiano già provveduto, il consiglio tributario. A tale fine, il regolamento per l'istituzione del consiglio tributario è adottato dal consiglio comunale entro il termine di 90 giorni;

b) i comuni con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, laddove non abbiano già costituito il consiglio tributario, sono tenuti a riunirsi in consorzio. Per la successiva istituzione del consiglio tributario.

I consigli tributari deliberano in ordine alle forme di collaborazione con l'Agenzia del ter-

ritorio.

A tal fine, l'Agenzia delle entrate mette a disposizione dei comuni le dichiarazioni dei contribuenti in essi residenti.

Gli Uffici dell'Agenzia delle entrate, prima della emissione degli avvisi di accertamento inviano una segnalazione ai comuni di domicilio fiscale dei soggetti passivi.

Il comune di domicilio fiscale del contribuente, con riferimento agli accertamenti di cui sopra comunica entro sessanta giorni da quello del ricevimento della segnalazione ogni elemento in suo possesso utile alla determinazione del reddito complessivo.

Per potenziare l'azione di contrasto all'evasione fiscale e contributiva, in attuazione dei principi di economicità, efficienza e collaborazione amministrativa, la partecipazione dei comuni all'accertamento fiscale e contributivo è incentivata mediante il riconoscimento di una quota pari al 33 per cento delle maggiori somme relative a tributi statali riscosse a titolo definitivo nonché delle sanzioni civili applicate sui maggiori contributi riscossi a titolo definitivo, a seguito dell'intervento del comune che abbia contribuito all'accertamento stesso.

Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, d'intesa con l'INPS sono stabilite le modalità tecniche di accesso alle banche dati e di trasmissione ai comuni, anche in via telematica, di copia delle dichiarazioni relative ai contribuenti in essi residenti, nonché quelle della partecipazione dei comuni all'accertamento fiscale e contributivo.

Per le attività di supporto all'esercizio di detta funzione di esclusiva competenza comunale, i comuni possono avvalersi delle società e degli enti partecipati dai comuni stessi ovvero degli affidatari delle entrate comunali i quali, pertanto, devono garantire ai comuni l'accesso alle banche dati utilizzate.

Con il medesimo provvedimento sono altresì individuate le ulteriori materie per le quali i comuni partecipano all'accertamento fiscale e contributivo.

Con decreto del ministero dell'economia e delle finanze sono individuati i tributi su cui calcolare la quota pari al 33 per cento e le sanzioni civili spettanti ai comuni che abbiano contribuito all'accertamento, nonché le

relative modalità di attribuzione.

### **Aggiornamento del catasto.**

A decorrere dalla data 1.1.2011 è attivata l'"Anagrafe Immobiliare Integrata", costituita e gestita dall'Agenzia del territorio.

L'Anagrafe immobiliare integrata attesta, ai fini fiscali, lo stato di integrazione delle banche dati disponibili presso l'Agenzia del territorio per ciascun immobile, individuandone il soggetto titolare di diritti reali.

In fase di prima applicazione l'accesso all'Anagrafe immobiliare integrata è garantito ai comuni sulla base di un sistema di regole tecnico-giuridiche emanate con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze.

Con uno o più decreti di natura non regolamentare viene disciplinata l'introduzione della attestazione integrata ipotecario-catastale, prevedendone le modalità di erogazione, gli effetti, nonché la progressiva implementazione di ulteriori informazioni e servizi.

Con il predetto decreto sono, inoltre, fissati i diritti dovuti per il rilascio della predetta attestazione.

La consultazione delle banche dati del catasto terreni, censuaria e cartografica, del catasto edilizio urbano, nonché dei dati di superficie delle unità immobiliari urbane a destinazione ordinaria, è garantita ai comuni su tutto il territorio nazionale attraverso il Sistema telematico, il portale per i comuni ed il Sistema di interscambio, gestiti dall'Agenzia del territorio.

Le funzioni catastali connesse all'accettazione e alla registrazione degli atti di aggiornamento sono svolte in forma partecipata dai comuni e dall'Agenzia del territorio sulla base di un sistema di regole tecnico-giuridiche uniformi, emanate con decreto del ministro dell'economia e delle finanze.

Ove non esercitate dai comuni, le attività connesse alle predette funzioni sono esercitate dall'Agenzia del territorio, sulla base del principio di sussidiarietà.

Sono in ogni caso mantenute allo Stato e sono svolte dall'Agenzia del territorio le funzioni in materia di:

a) individuazione di metodologie per l'ese-

cuzione di rilievi ed aggiornamenti topografici e per la formazione di mappe e cartografie catastali;

b) controllo della qualità delle informazioni catastali e dei processi di aggiornamento degli atti;

c) gestione unitaria e certificata della base dei dati catastali e dei flussi di aggiornamento delle informazioni;

b) anche trasmessi con il Modello unico digitale per l'edilizia, assicurando il coordinamento operativo per la loro utilizzazione ai fini istituzionali attraverso il sistema pubblico di connettività e garantendo l'accesso ai dati a tutti i soggetti interessati;

d) gestione unitaria dell'infrastruttura tecnologica di riferimento per il Modello unico digitale per l'edilizia;

e) gestione dell'Anagrafe Immobiliare Integrata.

Entro il 31.12. 2010 i titolari di diritti reali sugli immobili che non risultano dichiarati in Catasto sono tenuti a procedere alla presentazione, ai fini fiscali, della relativa dichiarazione di aggiornamento catastale.

**L'Agenzia del territorio, successivamente alla registrazione degli atti di aggiornamento presentati, rende disponibili ai comuni le dichiarazioni di accatastamento per i controlli di conformità urbanistico-edilizia, attraverso il portale per i comuni.**

Entro il medesimo termine i titolari di diritti reali sugli immobili oggetto di interventi edilizi che abbiano determinato una variazione di consistenza ovvero di destinazione non dichiarata in catasto, sono tenuti a procedere alla presentazione, ai fini fiscali, della relativa dichiarazione di aggiornamento catastale.

*Se i titolari di diritti reali sugli immobili non provvedono a presentare le dichiarazioni di aggiornamento catastale entro il termine del 31.12.2010, l'Agenzia del territorio, nelle more dell'iscrizione, procede all'attribuzione di una rendita presunta, da iscrivere transitoriamente in catasto, anche sulla base degli elementi tecnici forniti dai comuni.*

A decorrere dal 1.1.2011, l'Agenzia del territorio, sulla base di nuove informazioni connesse a verifiche tecnico-amministrative, da telerilevamento e da sopralluogo sul ter-

reno, provvede ad avviare un monitoraggio costante del territorio, individuando, in collaborazione con i comuni, ulteriori fabbricati che non risultano dichiarati al catasto.

In tal caso qualora i titolari di diritti reali sugli immobili individuati non ottemperino entro il termine previsto l'Agenzia del territorio procede all'attribuzione della rendita presunta.

*Gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie.*

Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari.

La richiesta di registrazione di contratti, scritti o verbali, di locazione o affitto di beni immobili esistenti sul territorio dello Stato e relative cessioni, risoluzioni e proroghe anche tacite, deve contenere anche l'indicazione dei dati catastali degli immobili.

#### **Fiscalità di vantaggio per il Mezzogiorno - IRAP.**

*In anticipazione del federalismo fiscale le regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia, regioni con propria legge possono, in relazione all'imposta regionale sulle attività pro-*

*duttive modificare le aliquote, fino ad azzerarle, e disporre esenzioni, detrazioni e deduzioni nei riguardi delle nuove iniziative produttive.*

#### **Zone a burocrazia zero.**

Il d.l. prevede che possono essere istituite nel Meridione d'Italia zone a burocrazia.

Zero, in tal senso le nuove iniziative produttive avviate successivamente alla data di entrata in vigore del d.l. 78/2010 godono dei seguenti vantaggi:

a) nei riguardi delle predette nuove iniziative i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto avviati su istanza di parte, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, sono adottati in via esclusiva da un Commissario di Governo che vi provvede, ove occorrente, previa apposite conferenze di servizi ai sensi della l. n. 241 del 1990.

I provvedimenti conclusivi di tali procedimenti si intendono adottati entro 30 giorni dall'avvio del procedimento se un provvedimento espresso non è adottato entro tale termine. Per i procedimenti amministrativi avviati d'ufficio, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, le amministrazioni che li promuovono e li istruiscono trasmettono al Commissario di Governo, i dati e i documenti occorrenti per l'adozione dei relativi provvedimenti conclusivi.

Nella realizzazione ed attuazione dei piani di presidio e sicurezza del territorio, le Prefetture-Uffici territoriali di governo assicurano assoluta priorità alle iniziative da assumere negli ambiti territoriali in cui insistono le zone a burocrazia zero.

## LE PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA TRASFORMAZIONE DELLA TARSU IN TIA

del Dott. Michele Scognamiglio

*Le previsioni della tariffa ambiente – tia - trasformazione e regime di costruzione del costo industriale - art. 238 del d. lgs. 152/2006 – art. 14 del d.l. 78/2010*

La problematica del regime della TARSU e della sua trasformazione in tariffa interessa ormai un decennio con rinvii circa la sua regolamentazione, la copertura del costo e la trasformazione in regime di corrispettivo. Le recenti manovre economiche nazionali e comunque la normativa dettata in materia di patto di stabilità interno, impongono una ricerca degli equilibri economico gestionali dei servizi d'interesse locale, come individuati dall'art. 21 co. 3 della l. 42/2009. Soluzioni che integrano scelte diverse dalle politiche contributive perseguite fino al momento dalla quasi totalità degli enti locali in termini di copertura dei costi dei servizi resi, fermo restando la possibilità degli stessi enti locali di farsi carico di quota parte delle spese, avvalendosi di trasferimenti finalizzati ovvero di economie di gestione susseguenti alla natura del servizio, e comunque con la possibilità di costruire una tariffa per fasce tenuto conto delle condizioni reddituali di appartenenza dei diversi nuclei familiari.

In ogni modo salvo proroghe dell'ultima ora, a decorrere dal 30.6.2010 gli enti locali devono procedere alla trasformazione della Tarsu in TIA, tenuto conto degli elementi forniti dall'art. 238 del d. lgs. 152/2006 e per la parti compatibili le norme contenute nel d.P.R. 158/1999.

In particolare, il dl 30.12. 2009, n. 194 convertito in l. 26.2.2010 n. 25 all'art. 8 co. 3 prevede che l'art. 5, co. 2 *quater*, del d.l. 30.12.2008, n. 208, convertito, con modificazioni, dalla l. 27.2. 2009, n. 13, le parole: "*entro il 31.12.2009*" sono sostituite dalle seguenti: "*entro il 30.6.2010*".

Alla fine del periodo transitorio l'ente procederà entro il 30.6.2010 per l'anno di competenza e oltre tale data per l'anno successivo, all'approvazione di un piano econo-

mico - finanziario relativo al centro di costo del servizio ambiente inerente l'intero ciclo integrato dei rifiuti, strutturando il costo industriale del servizio, tenendo conto dell'indirizzo fornito dall'art. 238 del d. lgs. 3.4.2006 n. 152 ed in particolare:

- a) la tariffa costituisce il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e ricomprende anche i costi indicati dall'art. 15 del d. lgs. 13.1.2003, n. 3;
- b) la tariffa per la gestione dei rifiuti è commisurata alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie, in relazione agli usi e alla tipologia di attività svolte, sulla base di parametri, che tengano anche conto di indici reddituali articolati per fasce di utenza e territoriali;
- c) la tariffa è determinata, dalle autorità d'ambito ed è applicata e riscossa dai soggetti affidatari del servizio di gestione integrata sulla base dei criteri fissati;
- d) nella determinazione della tariffa è prevista la copertura anche di costi accessori relativi alla gestione dei rifiuti urbani quali, ad esempio, le spese di spazzamento delle strade, qualora detti costi vengano coperti con la tariffa ciò deve essere evidenziato nei piani finanziari e nei bilanci dei soggetti affidatari del servizio;
- e) la tariffa è composta da una quota determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, riferite in particolare agli investimenti per le opere ed ai relativi ammortamenti, nonché da una quota rapporta-

ta alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito e all'entità dei costi di gestione, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio.

*“Le autorità d'ambito approvano e presentano all'autorità di cui all'art. 207 del d. lgs. 152/2006, il piano finanziario e la relativa relazione in modo da assicurare l'integrale copertura dei costi dei servizi da bacino di utenza. Nelle more del decollo dei nuovi ambiti regionali gli enti ben possono procedere alla:*

- *approvazione del piano economico finanziario del centro di costo inerente la gestione complessiva del servizio ambiente;*
- *trasformazione della TARSU in TIA con approvazione di apposito regolamento;*
- *applicare alla TIA le previsioni degli allegati nr.1 e 2 del d.P.R. 158/1999 relativamente agli indici di adatta-*

*mento e di produzione dei rifiuti;*

- *assegnare la riscossione della TIA al soggetto gestore del servizio;*
- *riconoscere alla tariffa natura di corrispettivo e pertanto maggiorata dell'iva con possibilità del terzo di azionare il giudice ordinario giusta art. 14 co. 33 del d.l. 78/2010.”*

L'operazione di trasformazione della TARSU in TIA con copertura integrale dei costi soddisfa l'esigenza di garantire un equilibrio economico gestionale del servizio, senza ulteriori incidenze sul bilancio se non per garantire fasce di utenza disagiate, garantendo il rispetto di quota parte dei parametri di convergenza ai fini del rispetto del patto di stabilità interno.

Non appare, necessario attendere l'adozione di un nuovo regolamento come richiamato dal citato art. 238 in quanto lo stesso consente di applicare nel contempo, le norme preesistenti, in attesa di una nuova produzione legislativa.

«.....GA.....»

# L'UTILITÀ DEL BILANCIO SOCIALE NEGLI ENTI PUBBLICI

del Dott. Massimiliano Mignanelli

Il presente articolo si propone di indagare sull'utilità del bilancio sociale negli enti pubblici.

A tal fine, in maniera sintetica, si provvederà a:

- chiarire, a grandi linee, il contesto di riferimento del bilancio sociale (la responsabilità sociale);
- fornire una possibile definizione di bilancio sociale;
- definire i contenuti minimali che il documento deve contenere (in sintonia con le linee guida per la rendicontazione sociale degli enti locali, emanate dal ministero dell'interno - osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali);
- stilare le prime considerazioni conclusive sull'utilità effettiva del bilancio sociale.

In realtà, il bilancio sociale non trova origine nelle amministrazioni pubbliche, quanto, invece, nelle realtà organizzative aziendali, soprattutto nelle aziende di grandi dimensioni, e rappresenta uno strumento volto a comunicare all'esterno la strategia di responsabilità sociale scelta.

In letteratura esistono numerose definizioni di responsabilità sociale, che possono essere sistematizzate in diversi filoni di pensiero:

- il primo filone teorico può essere attribuito a Friedman, per il quale la responsabilità sociale dell'impresa consiste nel produrre beni e servizi unicamente per ottenere il massimo profitto;
- il secondo filone teorico, invece, ritiene l'impresa socialmente responsabile allorquando prende le decisioni annoverando, accanto agli interessi di ordine economico, interessi diversi.
- il terzo filone, ancora, interpreta la responsabilità sociale come conseguenza di un processo decisionale compiuto dall'azienda in maniera libera e

consapevole e non, altresì, come un sovra-ordinato obiettivo di ordine pubblico;

- infine, il quarto filone di studi, oltre a concepire la responsabilità sociale come la conseguenza di un processo decisionale spontaneo e consapevole, considera la stessa come un criterio di gestione rinvenibile a tre stadi diversi: ad un primo, nel quale si inseriscono i vincoli istituzionali; ad un secondo, nel quale si inseriscono i valori culturali del contesto di riferimento; ad un terzo, infine, dove si collocano le azioni compiute dall'azienda finalizzate al miglioramento del contesto economico di riferimento.

Come si è già avuto modo di specificare, il bilancio sociale è uno dei vari strumenti con il quale l'organizzazione riesce a dare il conto del livello di responsabilità sociale implementata al proprio interno.

Con riferimento all'organizzazione pubblica, il bilancio sociale potrebbe essere definito come lo strumento, che permette di delineare, gestire e comunicare il proprio ruolo nel contesto socio-economico in cui opera.

In altri termini, il bilancio sociale è uno strumento strategico per governare e migliorare la responsabilità sociale e le relazioni con i soggetti direttamente e indirettamente collegati all'organizzazione (*stakeholder* interni ed esterni) al fine di ottenere maggiore legittimazione sociale e visibilità, rafforzare la fiducia e ampliare le manifestazioni di consenso.

Esso è l'esito di un processo di elaborazione, che si concretizza in un documento e rappresenta la gestione globale dell'organizzazione, risultato delle scelte effettuate in un dato periodo di tempo. In particolare, il bilancio sociale per la pubblica amministrazione, oltre ad avere una spiccata valenza strategica, è un mezzo, che permette di rendicontare e di rappresentare in maniera chiara ed analitica a

tutti gli interlocutori (*stakeholder*) e in *primis* alla cittadinanza, la vita dell'ente, le scelte fatte e le attività svolte nel periodo preso in considerazione.

Non esiste uno *standard* unico di riferimento per la redazione del bilancio sociale; tuttavia, la struttura del bilancio sociale deve, comunque, attenersi ai seguenti contenuti minimali:

- 1) presentazione del documento e nota metodologica;
- 2) identità dell'ente locale;
- 3) servizi erogati;
- 4) risorse economico-finanziarie e dotazione patrimoniale;
- 5) asseverazione del bilancio sociale.

Nel prosieguo, con la dovuta sinteticità del caso, si provvederà all'analisi di tutti i punti essenziali.

### **1) Presentazione del documento e nota metodologica.**

Solitamente il bilancio sociale è sempre anticipato da una breve prefazione a cura del Sindaco, alla quale segue la nota metodologica, allo scopo di fare chiarezza: sul periodo amministrativo preso in considerazione, la modalità con cui si sono raccolti i dati, il gruppo di lavoro che ne ha curato la redazione, la modalità di selezione dei portatori di interesse ai quali le decisioni di ordine sociale intendono riferire e, quindi, l'indice dei contenuti che saranno sviluppati nel documento.

### **2) Identità dell'ente locale.**

In questa sezione si menziona sia l'organigramma dell'ente sia la struttura politica; infatti, vengono richiamate anche le singole deleghe assegnate ai singoli componenti della giunta. Inoltre, si richiama la strategia politica che l'ente intende perseguire nei prossimi anni.

Ancora, si individuano – in prima approssimazione – le macro aree di intervento sulle quali le scelte di responsabilità sociale intendono ricadere. A titolo del tutto esemplificativo, le macro aree di intervento potrebbero essere: l'ambiente, i servizi sociali, i servizi alle attività produttive locali, i lavori pubblici, il sistema scolastico e di pubblica istruzione.

### **3) I servizi erogati.**

In questa sezione si riepilogano tutti i servizi che l'ente locale distribuisce sul territorio, differenziati in base alle macroaree di intervento, sulla base dell'elencazione già specificata nella sezione precedente. In particolare, per mettere in evidenza i miglioramenti apportati con le attività intraprese, è utile richiamare lo stato iniziale dei servizi erogati e, altresì, gli *stakeholder* che possono beneficiare degli interventi effettuati.

Infine, è importante che vi sia un raccordo con i documenti di programmazione per evidenziare la continuità dell'azione sociale rispetto agli obiettivi preventivamente stabiliti dall'ente pubblico.

Quindi, volgendo lo sguardo al futuro, sulla base dei servizi così erogati, è utile che l'ente pubblico specifichi le iniziative che intende intraprendere nei prossimi anni.

### **4) Le risorse economico-finanziarie e la dotazione patrimoniale.**

In questa sezione l'ente pubblico intende elargire chiarimenti al lettore sulle risorse finanziarie e sul patrimonio su cui dispone.

Con riferimento alle risorse economico-finanziarie, l'ente pubblico pone luce sull'entità delle risorse e sulla condizione di equilibrio (o eventuale squilibrio) finanziario. Ancora, l'ente pubblico specificherà la modalità di ripartizione della spesa tra spesa corrente (relativa, cioè, al funzionamento dei pubblici servizi) e spesa in conto capitale (relativa, cioè, agli investimenti).

Per quanto attiene, invece, alle informazioni relative al patrimonio dell'ente pubblico, è necessario impostare un'analisi quantitativa ed un'analisi qualitativa.

Nell'analisi quantitativa, infatti, si mette in evidenza l'importo iniziale del patrimonio netto di cui l'ente pubblico dispone, allo scopo di comprendere la variazione (in eccesso o in riduzione) subita.

Nell'analisi qualitativa, infine, si indaga sulla composizione del patrimonio netto, con riferimento alle attività (tipi di beni posseduti, stato di conservazione degli stessi) e alle passività (tipologia di debiti posti in essere, durata).

### **5) L'asseverazione del bilancio sociale.**

Per garantire circa l'attendibilità dei dati comunicati e la conformità del processo di rendicontazione, il bilancio sociale è sottoposto ad una procedura di controllo operata da un organo di revisione indipendente. Tale controllo prende il nome di asseverazione. Alla luce delle brevi considerazioni effettuate, ci preme mettere in evidenza quanto segue:

- il Bilancio Sociale è un documento di rendicontazione particolare (sociale, appunto) che trova collocazione all'interno di un ben più ampio sistema di rendicontazione generale (di bilancio);
- il bilancio sociale è un documento integrativo e facoltativo, nel senso che incrementa il tipo e la qualità di informazioni elargite all'esterno;
- il bilancio sociale è un documento che riduce significativamente le distanze tra l'ente pubblico e i cittadini, in

quanto consente a questi ultimi di conoscere le decisioni intraprese dagli organi politici, anche in tempi intelligenti;

- il bilancio sociale è un documento che permette agli elettori di valutare le attività poste in essere dall'amministrazione pubblica, in un determinato periodo di tempo, esulando da giudizi soggettivi e distorti;
- il Bilancio Sociale è un documento utile agli elettori per confrontare gli obiettivi preposti dall'amministrazione all'inizio del mandato con gli i risultati raggiunti alla fine del medesimo.

Quindi, avviandoci verso le conclusioni, parafrasando un'acclarata dottrina nazionale (Hinna, 2002), il bilancio sociale dell'ente pubblico potrebbe essere interpretato come uno strumento che rispecchia la situazione dell'ente, e che invita l'ente stesso a riflettere sul proprio operato.

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Cassazione Civile, Sez. Trib. 24.6.2010, n. 15252

### **ICI - immobili degli iacp - esenzione - requisiti.**

*In tema di ICI, non spetta agli immobili degli IACP l'esenzione prevista dal d. lgs. n. 504 del 1992, art. 7, co. 1, lett. i, che esige la duplice condizione - insussistente per questa categoria di beni - dell'utilizzazione diretta degli immobili da parte dell'ente possessore e dell'esclusiva loro destinazione ad attività peculiari che non siano produttive di reddito. Gli immobili medesimi possono, invece, beneficiare della riduzione di imposta, prevista dall'art. 8, co. 4, del medesimo decreto. Per effetto, poi, della disposizione di cui al d. l. n. 93 del 2008, art. 1, co. 3, convertito con modificazioni nella l. n. 126 del 2008, gli immobili degli enti citati, per i tributi maturati a partire dal 1.1.2008, potranno godere della totale esenzione dall'imposta comunale in esame" (Red. Paolo Romani).*

Cassazione Civile Sez. Trib. 26.5.2010, n. 12926

### **ICI - area classificata in forza di previsione in zona F/1 - sussistenza vocazione edificatoria - assoggettabilità.**

*In tema di imposta comunale sugli immobili (i.c.i.) la nozione di edificabilità non si identifica e non si esaurisce in quella di edilizia abitativa cosicché anche un'area classificata in forza di previsione di P.R.G. in zona F/1, come indicata dal d.m. 2.4.1968, n. 1444, e comprendente le parti del territorio destinate a attrezzature e impianti di interesse generale, può considerarsi edificabile qualora il vincolo posto dalla classificazione introduca una destinazione realizzabile non necessariamente mediante interventi (o successive espropriazioni) di carattere pubblico ma anche ad iniziativa privata o promiscua pubblico - privata (non importa se direttamente ovvero in seguito ad accordi di natura complessa), non essendo un tale vincolo idoneo ad escludere la vocazione edificatoria del suolo e il potenziale sfruttamento economico del diritto dominicale da parte del privato*

*proprietario (Red. Paolo Romani).*

Cassazione Civile, Sez. Trib. 21.5.2010 n. 12574

### **TARSU - banco vendita mercato settimanale - calcolo debenza.**

*Questa Corte ha già affermato (Cass. n. 22805 del 2006) con motivazione assolutamente condivisibile che "In tema di tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (TARSU).....la tassa dovuta dai titolari di un banco di vendita nel mercato settimanale del comune è costituita dalla tariffa applicata, in base al regolamento comunale, alla categoria di utenti avente una "omogenea potenzialità di rifiuti" o, in mancanza di voce corrispondente, una potenzialità di rifiuti assimilabile (art. 77, co. 3, e art. 68); la tassa, rapportata alla superficie occupata dal banco, è dovuta non per l'intero anno solare, ma per i giorni di effettiva occupazione, con una maggiorazione fino al 50 per cento, dovendosi, a tal fine, dividere l'importo totale di essa per il numero dei giorni dell'anno, e moltiplicare quindi il risultato per il numero dei giorni di occupazione del suolo pubblico. L'espressione "rapportata a giorno" di cui all'art. 77, co. 2, infatti, non può avere altro significato che quello di una divisione (rapporto) della tassa annuale per il numero dei giorni componenti l'anno solare (365), costituendo poi tale rapporto l'unità di misura di quanto dovuto dal titolare del banco, moltiplicabile per il numero delle partecipazioni al mercato settimanale ed aumentabile fino al 50 per cento" (Red. Paolo Romani).*

Cassazione Civile, Sez. Trib. 20.5.2010 n. 12420

### **ICI - fabbricati - determinazione rendita catastale - potere discrezionale UTE nell'individuazione del saggio d'interesse da applicare al capitale fondiario - esclusione.**

*In tema di determinazione della rendita catastale dei fabbricati a fini fiscali l'UTE non dispone di alcun potere discrezionale nell'individuazione del saggio d'interesse da applicare al*

capitale fondiario, al quale fa riferimento il d.P.R. 1.12.1949, n. 1142, art. 29 in quanto lo stesso dev'essere determinato, anche per gli immobili classificati nei gruppi D ed F, in misura fissa ed inversa rispetto ai moltiplicatori previsti dal d.m. 14.12.1991, senza che assuma alcun rilievo la circostanza che, per detti immobili, la rendita dev'essere determinata per stima diretta, ai sensi del d.P.R. n. 1142 del 1949, articolo 30 in quanto ai fini fiscali il valore degli immobili si determina, in generale, applicando all'ammontare delle rendite risultanti in catasto, periodicamente rivalutate, i moltiplicatori previsti dal d.m. 14.12.1991, richiamato dal d.P.R. 26.4.1986, n. 131, art. 52 dai quali si ricava appunto, in senso inverso, il saggio di capitalizzazione (Cass. n. 133 del 2006; n. 12446 del 2004, n. 10037 del 2003)" (Red. Paolo Romani).

Cassazione Civile Sez. Trib 19.5.2010, n. 12270

**ICI - imposizione - obbligo allegazione atti secondari - non sussiste.**

*In tema d'imposta comunale sugli immobili (ICI), l'obbligo di allegazione all'atto impositivo, o di riproduzione al suo interno, di ogni altro atto dal primo richiamato, previsto dalla l. 27.7.2000, n. 212, art. 7 (cosiddetto Statuto del contribuente), avendo la funzione di rendere comprensibili le ragioni della decisione, riguarda i soli atti necessari per sostenere quelle ragioni intese in senso ampio e, quindi, non limitate a quelle puramente giuridiche ma comprensive anche dei presupposti di fatto. Ne deriva che sono esclusi dall'obbligo dell'allegazione gli atti che si rivelano irrilevanti per il raggiungimento della detta funzione e gli atti (in specie quelli a contenuto normativo, anche secondario quali le delibere o i regolamenti comunali) giuridicamente noti per effetto ed in conseguenza dell'avvenuto espletamento delle formalità di legge relative alla loro pubblicazione" (Red. Paolo Romani).*

Cassazione Civile Sez. Trib 19.5.2010, n. 12269

**ICI - abitazione principale - aliquota agevolata - applicazione - presupposti - fattispecie relativa all'utilizzo di più unità catastali dello stesso immobile.**

*In tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), il contemporaneo utilizzo di più unità catastali non costituisce ostacolo all'applicazione, per tutte, dell'aliquota agevolata prevista per l'abitazione principale (agevolazione trasformata in totale esenzione, d.l. 27.5.2008, n. 93, ex art. 1, a decorrere dal 2008), sempre che il derivato complesso abitativo utilizzato non trascenda la categoria catastale delle unità che lo compongono, assumendo rilievo a tal fine non il numero delle unità catastali, ma l'effettiva utilizzazione ad abitazione principale dell'immobile complessivamente considerato, ferma restando la spettanza della detrazione prevista dal d. lgs n. 504 del 1992, art. 8, co. 2, una sola volta per tutte le unità. Quel che rileva ai fini ICI e' quindi l'effettiva utilizzazione ad abitazione principale, consegue che l'agevolazione spetta solo quando l'abitazione di fatto coincida con quella abituale. Dalla massima si ricava anche che l'agevolazione, come trattamento eccezionale prima ed oggi esenzione, deve essere provata dal contribuente quando non sia assistito dalla presunzione derivante dalla residenza anagrafica (Red. Paolo Romani).*

Cassazione Civile, Sez. Unite 17.05.2010 n. 11930

**ICI - fallimento - riscossione - possibile.**

*"Le norme del cod. civ. che stabiliscono i privilegi in favore di determinati crediti possono essere oggetto di interpretazione estensiva, la quale costituisce il risultato di un'operazione logica diretta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma, che permette di determinare il suo esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale; e di identificare l'effettivo valore semantico della disposizione, tenendo conto dell'intenzione del legislatore, e soprattutto dalla "causa" del credito che, ai sensi dell'art. 2745 c.c., rappresenta la ragione giustificatrice di qualsiasi privilegio. Con la conseguenza che il privilegio generale sui mobili istituito dall'art. 2752 c.c., sui crediti per le imposte, tasse e tributi dei comuni previsti dalla legge per la finanza locale, deve essere riconosciuto anche per i crediti dei comuni relativi all'imposta comunale sugli immobili (ICI) introdotta dal d. lgs. n. 504 del 1992, pur se successiva e quindi non compresa tra i tributi*

contemplati dal r.d. n. 1175 del 1931 (Red. Paolo Romani).

Cassazione civile, sez. trib., 5.5.2010, n. 10797  
**TARSU - rifiuti industriali venduti - assimilazione ai rifiuti urbani con delibera del comune - tassabilità - possibile.**

*In tema di tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, ai sensi del d.lgs. 5.2.1997, n. 22, art. 6 e 7, (il primo dei quali ha trasposto nell'ordinamento interno la definizione comunitaria di "rifiuto", alla quale concorrono un criterio tabellare, che delimita oggettivamente la categoria dei rifiuti, ed un riferimento soggettivo determinante, costituito dall'intenzione del detentore, ovvero dal suo obbligo, di disfarsi delle sostanze o degli oggetti in questione), come già ai sensi del d.l. 6.9.1996, n. 462, art. 1, (non convertito, ma i cui effetti sono stati fatti salvi dalla l. 11.11.1996, n. 575) - che ha escluso dal campo di applicazione del regime dei rifiuti unicamente i residui di lavorazione costituiti da materiali quotati presso le camere di commercio (cosiddette mercuriali) - i residui delle lavorazioni industriali ed artigianali costituiscono rifiuti speciali e sono, quindi, assoggettati al relativo regime, con conseguente esclusione dalla tassazione, anche qualora il detentore li ceda a terzi ai fini della utilizzazione in un successivo e diverso ciclo produttivo (Cass., 8.9.2004, n. 18106; v. anche Cass., 18.4.2005, n. 7962; Cass., 29.11.2005, n. 25933).*

*Non assume, dunque, alcun rilievo il fatto che i residui, benché non più idonei per loro natura a svolgere nel ciclo lavorativo l'originaria funzione di materia prima, siano ceduti dal detentore al fine di un immediato reimpiego produttivo, posto che il perseguimento delle esigenze di protezione della salute e dell'ambiente che sorreggono la normativa sui rifiuti non può essere vanificata dalle intenzioni del produttore dei residui stessi (cfr.: Corte giust. Cee, sent. 25 giugno 1997, causa n. 0304/94 + altre; Cass. pen., sez. 3<sup>a</sup>, sent. 5.3.2002, n. 14762).*

*A conclusioni difformi non può indurre, in relazione all'oggetto della controversia, la "interpretazione autentica della definizione di rifiuto di cui al D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 6, comma 1, lett. a)", fornita dal D.L. 8 luglio 2002, n. 138, art. 14, che ha definito il "di-*

*sfarsi" come il "comportamento attraverso il quale in modo diretto o indiretto una sostanza, un materiale o un bene sono avviati o sottoposti ad attività di smaltimento o di recupero, secondo gli allegati b) e c) del d. lgs. n. 22", ed ha escluso l'esistenza dell'intenzione o dell'obbligo di disfarsi nell'ipotesi in cui i beni o sostanze e materiali residuali di produzione possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente ovvero dopo avere subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell'allegato C). Tanto premesso, deve constatarsi che la decisione impugnata ha correttamente applicato, con congrua motivazione, le norme citate, dando per altro atto - circostanza non contestata - della delibera di assimilazione dei rifiuti speciali in questione, non pericolosi, (ritagli in tessuto misto cotone) ai rifiuti urbani. Con riferimento al periodo interessato dalle istanze di rimborso deve quindi conclusivamente rilevarsi che, con l'abrogazione della l. n. 146 del 1994, art. 39, ad opera della l. n. 128 del 1998, art. 17, è divenuto pienamente operante il disposto del d. lgs. n. 22 del 1997, art. 21, co. 2, lett. g, che consente ai comuni di deliberare - come nella specie è avvenuto - l'assimilazione ai rifiuti urbani di quelli non pericolosi derivanti da attività economiche, con la conseguenza che, in riferimento, alle annualità di imposta successive al 1997, assumono decisivo rilievo le indicazioni dei regolamenti comunali circa la assimilazione dei rifiuti provenienti da attività industriali a quelli urbani ordinari (Cass. 13328/2009), senza che per tali residui rilevi il fatto di essere ceduti a terzi (cfr. Cass. 8696/2004; Cass. m. 749/2010) (Red. Paolo Romani).*

Corte di Cassazione, Sez.V, 30.4.2010, n. 10578

**Tributi ricorsi collettivi - inammissibili.**

*La S.C., nel sottolineare la netta differenza con la fattispecie decisa dalle S.U. con la pronuncia n. 3692 del 2009, con la quale è stata riconosciuta l'ammissibilità di ricorsi tributari cumulativi, ha stabilito che nel processo tributario,*

*non è ammissibile la proposizione di un ricorso collettivo (proposto da più parti) e cumulativo (proposto nei confronti di più atti impugnabili) da parte di una pluralità di contribuenti destinatari di individuali e distinti rapporti giuridici d'imposta che risulti fondato esclusivamente sulla medesima "ratio decidendi", essendo necessario ai sensi dell'art.19 del d.lgs n. 546 del 1992, che tra le cause intercorrano questioni comuni non solo in diritto ma anche in fatto e che esse non siano soltanto uguali in astratto ma consistano in un identico fatto storico da cui siano determinate le impugnazioni dei contribuenti con la conseguente virtuale possibilità di un contrasto di giudicati in caso di decisione non unitaria. (Nella fattispecie il ricorso cumulativo era stato proposto da una pluralità di liberi professionisti che svolgevano attività diverse ed avevano distinte strutture professionali, avverso il rifiuto amministrativo di rimborso di annualità I.R.A.P., fondato sul medesimo profilo di diritto) (Red. Michele Scognamiglio).*

Corte di Cassazione, Sez.V, 21.4.2010 ord. 9477

**Tributi - ICI - immobili posseduti dai Comuni.**

*La Corte ha trasmesso gli atti alla Corte costituzionale ritenendo non manifestamente infondata - in riferimento agli artt. 2, 3 e 38 cost. - l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. 1, lett. a), del d.lgs. 30.12.1992, n. 504, nella parte in cui, come interpretato in termini di diritto vivente, prevede l'esenzione dall'ICI per gli immobili posseduti dai comuni, purché l'immobile sia destinato direttamente ed immediatamente allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'ente locale, restando esclusa l'esenzione nel caso dell'esercizio del pubblico servizio mediante l'assegnazione e gestione di alloggi di edilizia residenziale pubblica (Red. Michele Scognamiglio).*

Corte di Cassazione, Sez. V, 28.1.2010, n. 1848

**Centri commerciali integrati - TARSU.**

*Pronunciandosi per la prima volta in argomento, la SC ha stabilito che soggetto passivo della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, nel caso di "centri commerciali integrati" (e di locali in multiproprietà), è chi occupa o detiene i locali in uso esclusivo, mentre chi gestisce i servizi comuni è responsabile in solido (art. 63 del d. lgs. 15.11.1993, n. 507) (Red. Michele Scognamiglio).*

«.....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](mailto:info@gazzettaamministrativa.it)

# L' ABBONAMENTO COMPRENDE

## 1. RIVISTICA GIURIDICA TRIMESTRALE

La Gazzetta Amministrativa è un periodico trimestrale che si compone di n. 4 volumi annuali ciascuno dei quali è suddiviso nelle seguenti aree tematiche:

- **“Urbanistica, Edilizia ed Ambiente”**
- **“TUEL – Procedimento Amministrativo e Riforme Istituzionali”**
- **“Contratti Pubblici e Servizi Pubblici Locali”**
- **“Pubblico Impiego”**
- **“Programmazione, Bilancio, Controllo di gestione, Finanza e Fiscalità degli Enti Locali, Finanziamenti Comunitari”.**

## 2. SERVIZI PER GLI ABBONATI

- a) Incontri formativi di una giornata presso i capoluoghi di provincia sulle tematiche trattate dalla rivista e le più importanti ed attuali novità normative e giurisprudenziali.
- b) Partecipazione Gratuita per l'abbonato.
- c) Pareri e schemi di atti. Assistenza al caso pratico.
- d) Incontro consulenziale gratuito previo appuntamento presso la redazione della rivista.
- e) Contenzioso on-line.  
Agli Enti locali abbonati verrà fornito gratuitamente l'aggiornamento quotidiano on-line dello stato del proprio contenzioso amministrativo con accesso tramite password riservata sul sito [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it).
- f) Analisi del fabbisogno.  
La G.A. offre gratuitamente agli abbonati annualmente un'analisi del fabbisogno formativo dell'ente locale emergente dall'esame del contenzioso dell'ente medesimo.

## 3. COME ABBONARSI

COSTO DI ABBONAMENTO € 120,00 (IVA e Spese di Spedizione incluse)

4 NUMERI ALL'ANNO DELLA RIVISTA OLTRE A TUTTI I SERVIZI SOPRA ELENCATI {sub a); sub b); sub c); sub d) solo soggetti abilitati; sub e)}.

Il modulo di abbonamento è scaricabile dal sito [www.gazzettaamministrativa.it](http://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](http://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](http://www.gazzettaamministrativa.it)  
e-mail: [info@gazzettaamministrativa.it](mailto:info@gazzettaamministrativa.it)

Chiuso in redazione il 31 agosto 2010  
Finito di stampare nel mese di settembre 2010  
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)