SOMMARIO

AL NOSTRO CAPOREDATTORE 4

L'EDITORIALE:CHE GIUSTIZIA?
del Prof. Avv. Enrico Michetti 5

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 7
REDAZIONALI 10
ART. 12, CO. 4, DEL D. LGS. N. 387/03: OBBLIGO DELL'AMMINISTRAZIONE REGIONALE DI CONCLUDERE CON PROVVEDIMENTO ESPRESSO IL PROCEDIMENTO PER DECORSO DEI TERMINI ALLA STESSA ASSEGNATI
degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco 10
ORDINANZA N. 330 DEL 28.9.2010 DELLA CORTE DEI CONTI SEZIONE GIURISDIZIONALE SICILIA
degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco 12
LE MODIFICHE ALLA L. N. 241/1990 APPORTATE DALL'ART. 49 DELLA L. N. 122/2010
dell'Avv. Fabio Falco 14
L'ENERGIA NUCLEARE TRA POLITICHE STATALI E PREROGATIVE REGIONALI
del Dott. Francesco Sampugnaro 17
LA MODIFICA DEI CONFINI REGIONALI NELLA PRIMA APPLICAZIONE DELL'IPOTESI DI DISTACCO E AGGREGAZIONE DI COMUNI A REGIONI DIVERSE. DISCIPLINA ATTUALE E PROSPETTIVE DI CAMBIAMENTO
della Dott.ssa Elisa Lori 20
I NUOVI CONSIGLI REGIONALI ALLA PROVA DEI TAR
della Dott.ssa Elena Paparella 26
GLI ORGANI DI GARANZIA STATUTARIA NEGLI STATUTI ORDINARI DI SECONDA GENERAZIONE
della Dott.ssa Anna Barra 33
GIURISPRUDENZA .....
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E TESTO UNICO SUGLI ENTI LOCALI
..... 38
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE
..... 50

EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 66
REDAZIONALI .....
L'USO DEL TERRITORIO PER L'INSTALLAZIONE DI IMPIANTI EOLICI: POTERE DELL'AMMINISTRAZIONE COMUNALE
degli Avv.ti Antonio Cordasco e Luca Fiasconaro 70
ACCERTAMENTO, PRESCRIZIONE DEL REATO DI LOTTIZZAZIONE ABUSIVA E CONFISCA
degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi 72
LA SCIA IN MATERIA EDILIZIA: LA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA NELL'ESERCIZIO DELLO *IUS AEDIFICANDI* TRA PASSATO E FUTURO
della Dott.ssa Raffaella Vaira 76
L'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA SEMPLIFICATA: ANALISI DEL D.P.R. 9.7.2010, N. 139
della Dott.ssa Valentina Pavone 85
GIURISPRUDENZA 89
URBANISTICA 89

EDILIZIA 91
ABUSI EDILIZI 95
PAESAGGIO 97
ESPROPRIAZIONI 98
AMBIENTE 100
OSSERVATORIO PENALE 103

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 104
REDAZIONALI 111
SUL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI
dell'Avv. Michele De Cilla 111
D.P.C.M. 4.7.2008: GESTIONE COMMISSARIALE DEL COMUNE DI ROMA. INAPPLICABILITÀ AI CREDITI DERIVANTI DA CONTENZIOSI INSTAURATI PRIMA DEL 28/4/2008 E DEFINITI CON SENTENZA PASSATA IN GIUDICATO SUCCESSIVAMENTE AL 28/4/2008
dell'Avv. Michele De Cilla 114
IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEGLI ATTI GIURIDICI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI
dell'Avv. Eneide Grattacaso 116
LA SORTE DEL CONTRATTO DOPO L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE: L'IMPATTO DEL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
del Dott. Ing. Andrea Di Stazio 118
OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE:
PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL NULLA OSTA A NUOVA ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE SOA SU ISTANZA DELL'IMPRESA CUI SIA STATA DICHIARATA DECADUTA L'ATTESTAZIONE A SEGUITO DI ACCERTAMENTO DI FALSE DICHIARAZIONI
dell'Avv. Maurizio Dell'Unto 121
DISCIPLINA DEI PAGAMENTI NEI CONTRATTI PUBBLICI DI FORNITURE E SERVIZI
dell'Avv. Maurizio Dell'Unto 125
GIURISPRUDENZA 128
CONTRATTI PUBBLICI
della Dott.ssa Sara Rossi 128
SERVIZI PUBBLICI LOCALI 134

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITA'

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 143
REDAZIONALI 145
LE ASSENZE PER MALATTIA NEL PUBBLICO IMPIEGO
dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo 145
L. 13.8.2010, N. 136 RECANTE *"PIANO STRAORDINARIO CONTRO LE MAFIE"*. LA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI RELATIVI AGLI APPALTI E AI FINANZIAMENTI PUBBLICI
dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo 148
OBBLIGATORIETÀ DELL'ESPERIMENTO DELLE PROCEDURE DI MOBILITÀ PRIMA DELL'INDIZIONE DI PUBBLICI CONCORSI
dell'Avv. Domenico Tomassetti 151
GIURISPRUDENZA 154

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 158
REDAZIONALI 161
I PRODOTTI DERIVATI NELL'ESPERIENZA DEGLI ENTI LOCALI A RISCHIO DI DANNI ERARIALI
dei Dott.ri Michele Scognamiglio e Paolo Baroni 161
L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI – *IN HOUSE* - IL REGOLAMENTO ATTUATIVO DELL'ART. 23 *BIS* DEL D.L.112/2000

del Dott. Michele Scognamiglio 167
LA *"TASSA SULLO SCALO TURISTICO"*: AIUTI DI STATO E AUTONOMIA TRIBUTARIA REGIONALE
della Dott.ssa Flora Cozzolino 170
LEALE COLLABORAZIONE E FORMA DI STATO NELL'ATTUAZIONE DEL FEDERALISMO FISCALE
della Dott.ssa Fabrizia Covino 175
GIURISPRUDENZA 180
PARIERISTICA
del Prof. Avv. Enrico Michetti 183

AL NOSTRO CAPOREDATTORE...

Prima di penetrare con il solito entusiasmo nei diversi segmenti della rivista per il rituale approfondimento del diritto amministrativo che tanto ci motiva ed appassiona, il silenzio e la tristezza prendono il sopravvento nel ricordo dell'amico Mauro Fiore, stimatissimo avvocato del Foro di Roma, nostro validissimo caporedattore, persona di indubbie e straordinarie qualità umane e professionali che è venuto, purtroppo, prematuramente a mancare nel mese di ottobre 2010 lasciandoci un vuoto enorme ed incolmabile.

Di Mauro ci mancherà tanto il sorriso, il contagioso entusiasmo, la voglia di vivere, la pacatezza, la curiosità e partecipazione attiva ad ogni evento riguardante la nostra amata attività.

Ci mancherà il suo senso delle istituzioni e la sua presenza costante presso il Tar Lazio ed il Consiglio di Stato quasi ci attendesse per darci il benvenuto, Lui che aveva sempre una buona parola per tutti.

Ci mancheranno le tante battaglie fatte insieme sempre dalla stessa parte a difesa degli Enti Locali e della Regione Lazio e le tante ore trascorse alla ricerca delle migliori strategie processuali e quanto ci piaceva il Tuo sorriso beffardo allorquando capitava all'improvviso di giungere alla soluzione di una vicenda complessa, sentendoci i più raffinati ed astuti giuristi.

Mi mancherà il Tuo appoggio in udienza sempre puntuale, garbato ed incisivo.

Ci mancherà tanto il Tuo preziosissimo contributo alla rivista - Tu che ci hai creduto sin dall'inizio e non hai mai perso occasione per promuoverla in ogni dove.

Caro Mauro sarai sempre vivo nel ricordo di tutti noi per l'affetto, l'amicizia, l'alta qualità professionale di cui ci hai degnato e soprattutto non dimenticheremo mai la bella persona che eri.

La Redazione

L'EDITORIALE

CHE GIUSTIZIA?

del Prof. Avv. Enrico Michetti

Oggi più che mai è lecito domandarsi cos'è la giustizia. Quella dispensata nelle aule di tribunale? Oppure è qualcosa di più alto, ideale, supremo, eterno? Antigone affranto dalla dittatura, nella tragedia di Sofocle, sogna una legge diversa da quella scritta, imposta dal tiranno, più umana e civile, a far intendere che il mero rispetto della legalità non basta a qualificare compiutamente il valore della giustizia in assoluto.

Ormai le più influenti testate giornalistiche nazionali quotidianamente scrivono della riforma della giustizia, aprendo un dibattito più o meno serio sul lodo Alfano, sul processo breve, sulla separazione delle carriere dei magistrati, ed altro ancora. Tutti temi importanti, ma che avulsi dal contesto politico sociale del Paese francamente vogliono dire assai poco.

Pertanto, facciamo un passo indietro e cerchiamo preliminarmente di svolgere qualche considerazione sul *"caso Italia"*. Siamo riusciti a vincere contro il terrorismo rosso e nero, ad infliggere colpi durissimi alla mafia, anche se non mortali, a combattere la corruttela, al tempo, salita agli onori della cronaca con la denominazione *"doc"* di *"tangentopoli"*, e tutto in una logica costante di schiocca contrapposizione: tra i poteri forti dello Stato, tra le diverse ed opportunistiche fazioni della politica molto spesso arroccate su posizioni di miope e lacerante intransigenza, divise tra rigore e garantismo, se non impunità, ed in preda ad un inconciliabile delirio manicheo, di chi vede il mondo senza sfumature.

A ciò si aggiunga la giustizia dei poveri diavoli, quella dei potenti, quella dominata dal protagonismo dei giudici sia in toga che nella veste parlamentare e quella infine, inscenata negli studi televisivi, assurti a sedi sostitutive dei palazzi di giustizia, in cui si conduce, con ascolti da capogiro, senza garanzie, una vera e propria attività processuale con tanto di pubblica sentenza di condanna quasi sempre in contumacia del vilipeso.

A questo punto però, sorge spontaneo domandare all'attento e compiaciuto telespettatore se ha ben capito che vi è una differenza sostanziale tra i reati di mafia o di terrorismo, cosiddetti reati di sangue, ed i reati bianchi, dall'abuso al peculato, alla corruzione che per quanto orribili non possono certamente essere messi sullo stesso piano dell'associazione a delinquere finalizzata alla strage. Incuriosirebbe molto, inoltre, chiedere al medesimo entusiasta spettatore qual'é il rituale quesito che Egli sottopone al politico. E' forse la legittima richiesta di conoscenza del programma elettorale? O forse è più credibile sostenere che non si tratti proprio di un quesito ma più realisticamente di una reiterata postulanza avente ad oggetto ben altri argomenti senza dubbio meno nobili e virtuosi di quelli poc'anzi auspicati? Spesso, infatti il cittadino si rivolge al politico, nella diffusa e consolidata prassi del *do ut des*, per chiedere il posto di lavoro per un figlio in occasione di un concorso, l'agevolazione per la propria impresa nel mentre di una procedura di gara, un occhio di riguardo per una casa popolare, ed altro ancora ... tutto assolutamente comprensibile, molto spesso parliamo di miserie umane, ma faremmo torto agli struzzi, se non fosse chiaro al cittadino postulante che l'indebita manipolazione di un concorso, di una gara, di una graduatoria che sia, non rappresenta certo un atto di giustizia, anzi tutt'altro. Ed allora perché quando il consociato si rivolge alla politica per beneficiare di privilegi a danno di altri, non si sente inetto, colpevole anzi con se stesso si sente assolutamente indulgente e fiero di essere stato più furbo ed abile, crogiolandosi della benevolenza dei propri santi in paradiso, salvo prenderne, con indifferenza, l'ingrata distanza quando Questi, una volta caduti in disgrazia, dipartono dal cielo per calare impietosamente nelle fiamme dell'inferno? E quindi, perché il cittadino in spregio di qualsivoglia coerenza quando le vicende non lo riguardano direttamente, camaleonticamente, si spoglia di qualsivoglia

garantismo per vestire i panni del gaudente giustizialista? Tornando pertanto, al punto di partenza ossia a cos'è la giustizia, riflessione che dovrebbe precedere ogni riforma della stessa, da accademico una risposta potrei rinvenirla senza particolari affanni, trincerandomi dietro un rigido formalismo intriso di belle parole ispirate alle prime costituzioni liberali. Mi chiedo, allora, a cosa servirebbe? L'onestà intellettuale che spero mi assista vorrebbe, francamente, ben altro contributo che non sono in grado di esaudire. E non me ne vogliano i costituzionalisti se per sopperire a tale deficienza cito due esempi che poco hanno a che vedere con la corretta interpretazione delle norme. Il primo riguarda Martin Luther King, quando, di fronte all'indifferenza di un paese apparentemente emancipato in materia di diritti civili, sosteneva *"io vi scongiuro di essere indignati"*, era il grido di un uomo di pace che pensava ad una indignazione morale contro l'incoerenza, l'odio, la demagogia, l'ottuso formalismo ... l'invito appassionato di chi sta dalla parte dell'uomo, nei confronti del quale si possono assumere correttamente le decisioni più severe o garantiste, ma lo spirito che le governa dovrà essere sempre lucido, terzo, sereno, scrupoloso ed imparziale. L'altro esempio, è l'arcinoto *"chi è senza peccato scagli la prima pietra"*.

Il dibattito sulla giustizia non può quindi, marginalizzarsi sul pro e contro Berlusconi, su cui peraltro non sta a me prendere posizione, anche perché oggi è Berlusconi domani sarà un altro, ma deve elevarsi come al tempo in cui con grande spirito di sacrificio si percorse la via della fermezza, di cui non si aveva la pretesa che fosse giusta, ma si aveva la consapevolezza di averla adottata al termine di un percorso tortuoso e sofferto, assolutamente trasversale e nell'interesse esclusivo del Paese. Poi, ci si è un po' persi. Ed oggi anche al giurista è difficile spiegare come mai non possa ricevere attendibilità la testimonianza di un padre nei confronti di un figlio, magari vittima di un reato, e trovare viceversa ospitalità quella di un soggetto, di solito pluriomicida, che si dichiara pentito ma che di fatto ha stipulato un contratto avvilente e spavaldo con lo Stato al fine comunque, di irridere la certezza della pena. Accadde ad Enzo Tortora di essere flagellato dalla calunnia, e domani potrebbe accadere a chiunque. Ecco perché questi strumenti di cui gli investigatori si sono più volte giovati, vanno utilizzati con estremo rigore e lontano da qualsivoglia spettacolarizzazione o peggio strumentalizzazione. Anche perché è in quei momenti, in cui si è vittime della calunnia, che si resta soli, drammaticamente soli, piccoli e grandi, deboli e potenti, tutti accomunati dal medesimo tragico destino proprio come nella poesia *"La livella"* del Grande Totò.

E' mai possibile che questa parola (Giustizia!) - tra le dieci parole più pronunciate al mondo (viene subito dopo mamma e papà), nobile e terribile, saggia e rivoluzionaria, *"nel cui nome"*, Sergio Zavoli racconta, *"l'umanità ha profuso tesori di sapere, pagato tributi di sangue, messo a dura prova virtù personali ed ordini sociali, nutrito ideologie e sconvolto sistemi"* - è oggi relegata ad un ruolo di subordine. Una dea meravigliosa, tra le più evocate, esaltate ed oltraggiate che *"tra veleni e nebbie"* certo non merita la cattiva reputazione che nel nostro paese si pretende di affibbiarle.

Ed allora scegliete Voi, secondo coscienza, dove posizionare la barra. Di elementi ne avete a bizzeffe, a partire dalla Carta Costituzionale, ... per finire al voto popolare, ricordando che Ponzio Pilato, fine giurista dell'epoca, allorquando i nostri avi scelsero Barabba (conclamato ladrone), sentenziò *"avete preferito Barabba? Ed allora che Barabba sia!"* a scapito del povero ed incolpevole Gesù Cristo crocifisso nella pubblica piazza anche dall'ignobile e meschina gogna mediatica del tempo.

.

.

«::::::::*GA*::::::::»

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA: CIRCOLARE DEL 6.8.2010 N. 11

Sono nulli i conferimenti di incarichi di direzione del personale a chi rivesta o abbia rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o organizzazioni sindacali o che abbiano avuto rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le stesse amministrazioni.

«::::::::: GA :::::::::»

LA DOMANDA DI ACCESSO NON PUÒ ESSERE SPROPORZIONATA RISPETTO ALL'INTERESSE CONOSCITIVO

La domanda di accesso non può essere palesemente sproporzionata rispetto all'effettivo interesse conoscitivo del soggetto, che deve specificare il puntuale riferimento che lega il documento richiesto alla propria posizione soggettiva, ritenuta meritevole di tutela (CdS, V, 4.8.2010 n.5226/2010).

«::::::::: GA :::::::::»

PER L'ADOZIONE DI ORDINANZE CONTIGIBILI ED URGENTI, L'OMISSIONE DELLA COMUNICAZIONE DELL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO È POSSIBILE SOLO IN PRESENZA DI UNA URGENZA QUALIFICATA

Il ricorso allo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente giustifica l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento unicamente in presenza di un'"urgenza qualificata", in relazione alle circostanze del caso concreto, che deve essere debitamente esplicitata in specifica motivazione (Cfr.: TAR Campania, Sez. V, 3.2.2005, n. 764), attesa la necessità e l'urgenza di prevenire il grave pericolo alla cittadinanza, anche perché sussiste un rapporto di conflittualità e di logica sovraordinazione tra l'esigenza di tutela immediata della pubblica incolumità e l'esigenza del privato inciso dall'atto amministrativo di avere conoscenza dell'avvio del procedimento (Cfr: TAR Marche, 25.1.2002, n. 97; TAR Toscana, Sez. II, 14.2.2000, n. 168. Pertanto il principio partecipativo alla base della comunicazione di avvio del procedimento ha carattere generalizzato ed impone, alla luce delle regole fissate dall'art. 7 l. n. 241/1990, che l'invio di essa abbia luogo in tutte quelle situazioni nelle quali la possibilità di coinvolgere il privato non sia esclusa da esigenze di celerità che caratterizzano la fattispecie e che, non possono ritenersi astrattamente implicate dalla natura contingibile ed urgente dell'ordinanza, ma devono essere puntualmente esplicitate nel provvedimento in concreto adottato (TAR Campania, Napoli, 18.10.2010, n. 19881).

«::::::::: GA :::::::::»

ENERGIE RINNOVABILI: L'ENTE LOCALE NON PUÒ COSTITUIRE SOCIETÀ SE NON SUPERANO I 30.000 ABITANTI

L´ente locale non può costituire una società di capitali per la progettazione, sviluppo e realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, nonché commercializzazione dell´energia elettrica così prodotta. Solo gli enti locali (singoli o associati) che su-

perano i trenta mila abitanti possono costituire società di capitali (salvo eccezioni poste dal legislatore nazionale o regionale) (Corte Conti, Lombardia, n. 86/2010).

«::::::::: GA :::::::::»

A PRESCINDERE DALLA NATURA DEGLI ACCORDI AMMINISTRATIVI *EX* ART. 241/90, LA PA DEVE SEMPRE PERSEGUIRE L'INTERESSE PUBBLICO

… sull'inquadramento generale e natura giuridica da riconoscere a tali atti, si confrontano due tesi opposte: quella privatistica che riconosce loro natura di contratti; e quella pubblicistica, che ne sottolinea invece l'afferenza al potere autoritativo e la funzione integrativa o sostitutiva rispetto al provvedimento amministrativo (in questo senso è sembrata orientarsi anche la Corte cost., nella nota sent. 204/2004) . Peraltro, in ogni caso, è stato osservato, sussistono comunque limiti insuperabili dagli accordi: "nella prospettiva pubblicistica, infatti, se è vero che l'oggetto dell'accordo è dato essenzialmente dalle modalità di esercizio del potere; si comprende come ciò presupponga pur sempre che il soggetto pubblico sia titolare di tale potere, dovendosi altrimenti affermare la radicale nullità dell'atto, per difetto assoluto di attribuzione (ovvero carenza di potere in astratto), a norma dell'art. 21-septies l. 241/1990". "Ma anche nella prospettiva privatistica, che considera l'accordo alla stregua di un contratto" – ha osservato Tar Milano, permane "comunque in capo all'amministrazione pubblica il vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico attribuito (dalla norma di azione) alla sua cura", sottolineando che "l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, quale espressione della capacità generale dell'ente pubblico, debba tuttavia essere giustificato in ragione della loro attinenza alle finalità curate dall'ente; e come il principio della capacità generale delle pubbliche amministrazioni (ex art. 11 c.c.) debba coordinarsi con il necessario rispetto del principio di legalità cui, secondo un'autorevole e persuasiva dottrina, è soggetta anche l'attività di diritto privato della PA e che si traduce in un "vincolo di scopo" interno all'atto negoziale".

«::::::::: GA :::::::::»

IL DIRITTO DI ACCESSO DEI CONSIGLIERI COMUNALI

… i consiglieri comunali hanno un non condizionato diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare - con piena cognizione - la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale.
Il diritto di accesso loro riconosciuto ha infatti una ratio diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto alla generalità dei cittadini (ex art. 10 del d. lgs. 18.10.2000, n. 267) ovvero a chiunque sia portatore di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso" (ex art. 22 e ss. della l. 7.8.1990, n. 241): infatti, mentre in linea generale il diritto di accesso è finalizzato a permettere ai singoli soggetti di conoscere atti e documenti per la tutela delle proprie posizioni soggettive eventualmente lese, quello riconosciuto ai consiglieri comunali è strettamente funzionale all'esercizio del proprio mandato, alla verifica e al controllo del comportamento degli organi istituzionali decisionali dell'ente locale (CdS, IV, 21.8.2006, n. 4855) ai fini della tutela degli interessi pubblici (piuttosto che di quelli privati e personali) e si configura come peculiare espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività (CdS, V, 8.9.1994, n. 976).
Di conseguenza sul consigliere comunale non può gravare alcun particolare onere di motivare le proprie richieste di accesso, atteso che diversamente opinando (com'è stato acutamente rilevato) sarebbe introdotta una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri

uffici, sull'esercizio del mandato del consigliere comunale (CdS, V, 22.2.2007, n. 929; 9.12.2004, n. 7900); è stato osservato d'altra parte che dal termine "utili", contenuto nell'art. 43 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, non può conseguire alcuna limitazione al diritto di accesso dei consiglieri comunali, detto aggettivo garantendo in realtà l'estensione di tale diritto di accesso a qualsiasi atto ravvisato utile per l'esercizio del mandato (CdS, V 20.10.2005, n. 5879).

Deve anche aggiungersi che il diritto del consigliere comunale ad ottenere dall'ente tutte le informazioni utili all'espletamento del mandato non incontra neppure alcuna limitazione derivante dalla loro eventuale natura riservata, in quanto il consigliere è vincolato al segreto d'ufficio (CdS, V, 4.5.2004, n. 2716). In definitiva gli unici limiti all'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali possono rinvenirsi, per un verso, nel fatto che esso deve avvenire in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici comunali (attraverso modalità che ragione-volmente sono fissate nel regolamento dell'ente) e, per altro verso, che esso non deve sostanziarsi in richieste assolutamente generiche ovvero meramente emulative, fermo restando tuttavia che la sussistenza di tali caratteri deve essere attentamente e approfonditamente vagliata in concreto al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazione al diritto stesso (CdS, V, 17.9.2010 n. 6963).

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

ART. 12, CO. 4, DEL D. LGS. N. 387/03: OBBLIGO DELL'AMMINISTRAZIONE REGIONALE DI CONCLUDERE CON PROVVEDIMENTO ESPRESSO IL PROCEDIMENTO PER DECORSO DEI TERMINI ALLA STESSA ASSEGNATI

degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco

L'amministrazione regionale è obbligata a concludere il procedimento nel termine di 180 giorni nei casi di autorizzazione unica ex art. 12 co. 4 d. lgs. n. 387/03

Il TAR Puglia - Lecce, con recente sentenza del 21.7.2010, n. 1799, ha affermato il principio secondo cui l'ente regionale, decorso il termine di 180 giorni per la definizione del procedimento *ex* art. 12 co.4 del d. lgs. n. 387/03, è obbligato a concludere con provvedimento espresso e motivato il procedimento instaurato a seguito dell'istanza tesa ad ottenere l'autorizzazione di cui al citato art. 12 in materia di procedure autorizzative di impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Ed infatti, l'art. 12 richiamato al co. 4 prevede espressamente: *"L'autorizzazione di cui al co. 3 (costruzione ed esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili) è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla l. 7.8.1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. Il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercitare l'impianto in conformità al progetto approvato e deve contenere, in ogni caso, l'obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto esercente a seguito della dismissione dell'impianto. Il termine massimo per la conclusione del procedimento di cui al presente comma non può comunque essere superiore a centottanta giorni"*.

La *ratio* della norma è quindi volta ad impostare il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione in questione, nel rispetto dei principi di semplificazione di cui alla l. n. 241/90, al fine di razionalizzare la certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento del privato.

In tale contesto di semplificazione normativa, era stato già affermato in giurisprudenza che, *"ai sensi dell'art. 12, d. lgs. 29.12.2003, n. 387, il legislatore ha inteso favorire le iniziative volte alla realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, semplificando il relativo procedimento autorizzativo e concentrando l'apporto valutativo di tutte le amministrazioni interessate nella conferenza di servizi ai fini del rilascio di un'autorizzazione unica"* (TAR Sicilia, Pa, III, 22.10.2008, n. 1277).

Più specificamente, il Giudice amministrativo ha chiarito che la stessa valutazione di impatto ambientale non può ritenersi esclusa dalla novella di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003, ma al contrario va effettuata in seno alla conferenza di servizi, pena la vanificazione del termine di 180 giorni entro il quale la stessa deve concludersi.

Si è infatti di recente precisato che *"nel procedimento unico previsto dall'art. 12, d. lgs. 29.12.2003, n. 387, in tema di energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili, confluisce anche il procedimento relativo alla VIA, con la conseguenza che l'eventuale mancata adozione, da parte dell'Assessorato del Territorio e Ambiente, delle deter-*

minazioni di competenza, non può riflettersi in senso preclusivo sull'attivazione e sullo svolgimento del procedimento unico facente capo all'Assessorato dell'Industria, pena la sostanziale vanificazione del termine di 180 giorni entro il quale, per legge, detto procedimento, deve comunque pervenire a conclusione" (TAR Sicilia, Pa, III, 19.2.2009, n. 368).

Per quel che concerne la natura dei termini sopra descritti (180 giorni), pur se la norma dell'art. 12 non prevede alcuna sanzione (diretta o indiretta) nel caso di inottemperanza della PA, la giurisprudenza ha ritenuto che gli stessi rivestano natura perentoria (in tal senso, da ultimo, TAR, Campania, VII, 9.2.2010, n. 808).

Pertanto, in tema di definizione dei procedimenti amministrativi iniziati ad istanza di parte, avuto riguardo sia al generale impianto normativo dettato dall'art. 2, co. 1, della l. n. 241/90 che a quello specificamente stabilito in *subiecta materia* dal citato art. 12 del d. lgs. n. 387/03, il comportamento silente dell'amministrazione comporta l'assoggettabilità dell'inerzia amministrativa al sindacato del giudice amministrativo sul silenzio rifiuto serbato dall'amministrazione.

Nella fattispecie concreta, essendo ampiamente decorsi i 180 giorni individuati dalla norma stabilita dal citato art. 12, l'amministrazione regionale, nel rispetto dei principi richiamati dalla norma stessa, come mutuati dall'art. 2 l. n. 241/90, deve quindi obbligatoriamente concludere (entro i trenta giorni assegnati dal TAR) con provvedimento espresso e motivato il procedimento instauratosi a seguito di istanza per ottenere l'autorizzazione unica (art. 12 d. lgs. n. 387/03) per la realizzazione di un impianto, nella fattispecie in esame, fotovoltaico della potenza di 2,99376 Mw, e ciò anche a prescindere dal mancato perfezionamento del correlato procedimento inerente la VIA.

«::::::::: GA :::::::::»

ORDINANZA N. 330 DEL 28.9.2010 DELLA CORTE DEI CONTI SEZIONE GIURISDIZIONALE SICILIA

degli Avv.ti Marco Frascaroli e Antonio Cordasco

La Corte di Giustizia Europea dovrà pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 21 octies co. 2 l. 241/90 e s.m.i. con i principi del diritto europeo in merito alla motivazione dell'atto amministrativo

Con la ordinanza n. 330 del 28.9.2010, la Corte dei Conti - Sezione Giurisdizionale Sicilia, ha sospeso il procedimento dinanzi alla stessa proposta, rimettendo gli atti alla Corte di Giustizia Europea, per i provvedimenti conseguenti concernenti l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi. Nella fattispecie concreta, infatti, l'adita Sezione Giurisdizionale Siciliana della Corte dei Conti, ha ritenuto in materia, applicabile nell'ordinamento interno, i principi dettati dal diritto comunitario. Nel caso specifico, la Corte dei Conti, quale giudice unico delle pensioni, si trovava ad esaminare un ricorso volto all'annullamento del provvedimento adottato, per vizio della motivazione, atteso che, dalle censure indicate, sembrava che né dall'atto adottato, né dagli atti di rinvio era possibile comprendere la ragione di fatto e di diritto posta a fondamento dell'atto emanato.

A ciò si aggiunga che l'amministrazione, nel corso del giudizio, motivava l'adozione del provvedimento adottato, invocando il principio della giurisprudenza amministrativa secondo cui il provvedimento adottato nella fattispecie era un atto dovuto e, come tale, non necessitava di specifica motivazione.

La finalità della rimessione alla Corte europea è in sostanza volta alla verifica circa la compatibilità dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. 241/90 con i principi in materia affermati dall'Unione Europea in quanto immediatamente applicabili nell'ordinamento interno.

In particolare l'art. 21 *octies* citato, al co. 2 prevede che: "*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norma sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*".

D'altronde l'orientamento prevalente finora assunto in materia, prescrive, in capo alle amministrazioni competenti, l'obbligo di motivazione dei soli atti cosiddetti discrezionali e non anche di quelli di natura vincolata.

In realtà, però, l'art. 1 della l. 241/90 al co. 1 prevede che l'attività amministrativa, persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità …*omissis*… secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario (comma così modificato dall'art. 1 della l. 15/2005).

Con la conseguenza che, i principi del diritto comunitario, come ha rilevato la Corte rimettente, sono direttamente applicabili, anche in *subiecta materia*, nel nostro ordinamento.

Di talchè, se tale regola di rinvio ai principi comunitari è immediatamente applicabile, non può, non tenersi conto dell'orientamento che in materia è stato assunto dalla giurisprudenza comunitaria, avuto riguardo in particolare all'obbligo di motivazione degli atti amministrativi.

E' evidente infatti il contrasto che si viene a creare laddove l'orientamento giurisprudenziale assunto in ambito nazionale, ritiene possibile integrare in sede processuale la motivazione degli atti a contenuto vincolato già adottati, purchè si raggiunga comunque lo scopo che l'atto intende perseguire; mentre, di diverso avviso, la giurisprudenza comunitaria è contraria ad ammettere l'integrazione, in sede processuale, della motivazione dei provvedimenti già adottati dall'amministrazione.

Per completezza, si precisa che la questione di natura pregiudiziale, è stata proposta ai sensi dell'art. 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che riconosce la competenza della Corte di Giustizia Europea

in merito a questioni che, come nella specie, dovrebbero uniformare i principi dettati dai singoli Stati membri ai quelli dedotti dalla normativa comunitaria, regolanti la stessa materia.

In particolare, infatti, la Corte dei Conti Siciliana, ha ritenuto assolutamente necessario che si facesse pregiudizialmente chiarezza in merito alla questione relativa alla motivazione di tutti gli atti dell'amministrazione, in quanto principio di diritto europeo, che, come rilevato, in materia è di immediata applicazione nel nostro ordinamento.

Sarà pertanto opportuno attendere e verificare con attenzione l'orientamento che in proposito sarà adottato dalla Corte Europea, considerate soprattutto le ragioni che intenderà sviluppare in materia di motivazione di provvedimenti amministrativi, di cui tener conto anche nel nostro ordinamento.

«::::::::: GA :::::::::»

LE MODIFICHE ALLA L. N. 241/1990 APPORTATE DAL-L'ART. 49 DELLA L. N. 122/2010

dell'Avv. Fabio Falco

L'art. 49 della l. n. 122/2010 ha sensibilmente modificato gli artt. 14 e ss. e l'art. 19 della l. n. 241/1990 in materia di conferenza di servizi e di DIA. Descrizione ed analisi della novella.

Sul supplemento ordinario della G.U. del 30.7.2010, è stata pubblicata la l. n. 122/2010, che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 31.5.2010, n. 78 recante *"Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*.

L'art. 49 di tale legge ha apportato notevoli modifiche all'art. 14 e ss. della l. n. 241/1990 in materia di conferenza di servizi e, soprattutto, ha completamente sostituito l'art. 19 della legge sul procedimento amministrativo, abrogando l'istituto della dichiarazione di inizio di attività (DIA) ed introducendo, in sua vece, lo strumento della segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA).

Prima di descrivere le concrete modifiche apportate agli artt. 14 e ss. e 19 della l. n. 241/1990, è opportuno richiamare l'attenzione sulla natura degli istituti presi in considerazione dalla novella del 2010.

Orbene, come è noto, la conferenza di servizi (che può avere natura istruttoria ovvero decisoria) non costituisce un organo collegiale, ma solo un modulo procedimentale (organizzativo) suscettibile produrre un'accelerazione dei tempi procedurali e, nel contempo, degli interessi pubblici coinvolti, mediante l'assunzione concordata di determinazioni di determinazioni sostitutive, a tutti gli effetti, di concerti, intese, pareri, nulla osta che pertengano a più amministrazioni coinvolte in un unico procedimento complesso, ovvero si rendano necessarie in più procedimenti tra loro connessi (cfr., *ex plurimis*, CdS, V, 8.5.2007, n. 2107).

Al riguardo va evidenziato, come meglio si vedrà, che le modifiche all'art. 14 e ss. delle l. n. 241/1990 sono volte a potenziare tale istituto, garantendo una accelerazione ulteriore della sua funzionalità, mediante l'operatività del c.d. silenzio devolutivo, ossia la possibilità per l'amministrazione che attenda il parere o nulla osta di altra amministrazione di prescinderne dopo un ridotto lasso di tempo.

Per quanto attiene, invece, la modifica dell'art.19 e l'introduzione *ex novo* dell'istituto della SCIA, sostitutivo della DIA, è opportuno premettere all'esame analitico delle modifiche apportate dal citato art. 49 della l. n. 122/2010 che la natura di tali atti ampliativi della sfera del privato non è quella di provvedimenti amministrativi autoritativi di diritto pubblico, ma di atti di diritto privato posti in essere dal cittadino interessato (CdS, VI, 9.2.2009, n. 717), nei confronti del quale l'amministrazione è titolare di un potere inibitorio/risolutivo con un controllo *ex post* sugli stessi, che nel caso della DIA imponeva all'interessato il decorso di trenta giorni dalla dichiarazione per potere concretamente iniziare l'attività dichiarata, mentre nel caso della SCIA non preclude l'immediato inizio dell'attività, che può essere iniziata contestualmente alla segnalazione.

Orbene, può ipotizzarsi che nel caso della SCIA, il controllo dell'amministrazione opera come una sorta di condizione risolutiva degli effetti dell'atto di segnalazione del privato, mentre in precedenza la DIA era soggetta alla condizione sospensiva del controllo dell'amministrazione sull'attività, che poteva essere appunto intrapresa solo in caso di mancata inibizione da parte della PA nei trenta giorni successivi alla dichiarazione.

Tale sostanziale novità procedimentale crea non pochi dubbi in ordine alle modalità operative di esercizio del potere pubblico, che rischia di diventare esclusivamente inibitorio sanzionatorio, venendo meno l'aspetto autorizzatorio/concessorio proprio (soprattutto) dei procedimenti in materia edilizia.

Chiariti gli aspetti sostanziali degli istituti novellati, può procedersi all'esame analitico delle modifiche apportate dalla l. n. 122/2010

alla l. n. 241/1990.

Per quanto attiene la conferenza dei servizi, secondo la nuova formulazione dell'art. 14, essa è sempre indetta quando l'amministrazione procedente deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li ottenga, entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta. La conferenza può essere altresì indetta quando nello stesso termine è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate ovvero nei casi in cui è consentito all'amministrazione procedente di provvedere direttamente in assenza delle determinazioni delle amministrazioni competenti. Inoltre, per consentire la partecipazione della Soprintendenza ai lavori della Conferenza di Servizi, il nuovo testo dell'art. 14 *ter* della l. n. 241/1990 prevede che *"i responsabili degli sportelli unici per le attività produttive e per l'edilizia, ove costituiti, o i comuni, o altre autorità competenti (pertanto anche la provincia), 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"*. Il successivo co. 3 *bis* precisa che *"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. n. 42/2004. Si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione, ivi compre se quelle preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità alla tutela paesaggistico-territoriale e alla tutela ambientale, esclusi i provvedimenti in materia di VIA, VAS e AIA, il cui rappresentante, all'esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso la volontà dell'amministrazione rappresentata"*.

Per quanto attiene la valutazione di impatto ambientale, l'art. 14 *ter*, co. 4, prevede che nei casi in cui sia richiesta la VIA, la conferenza di servizi si esprime dopo aver acquisito la valutazione medesima ed il termine di conclusione del procedimento resta sospeso, per un massimo di novanta giorni, fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale. Se la VIA non interviene nel termine previsto per l'adozione del relativo provvedimento, l'amministrazione competente si esprime in sede di conferenza di servizi, la quale si conclude nei trenta giorni successivi al termine predetto.

Per quanto riguarda la conclusione del procedimento, pure si rilevano sensibili novità: all'esito dei lavori della conferenza e in ogni caso scaduto il termine previsto per il procedimento di cui trattasi, l'amministrazione, 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.

Va evidenziato che *"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"* (nuova formulazione art. 14 *ter*, co. 6 *bis*).

Per ciò che concerne la disciplina della SCIA che, con la totale riforma dell'art. 19 della l. n. 241/1990 ha completamente sostituito la DIA, oltre a quanto già anticipato, va detto che solo le prime applicazioni dell'istituto e le interpretazioni che ne darà la giurisprudenza e la stessa amministrazione potranno concretamente colorare i contorni di questa segnalazione privata, che sostituisce i classici provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera giuridica dell'interessato e, soprattutto, consente immediatamente di dare inizio all'attività che ne costituisce l'oggetto.

Il nuovo art. 19 della l. n. 241/1990 prevede che: (i) ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli ri-

chieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o di 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 (SCIA); (ii) la SCIA deve essere corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà (ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000), nonché dalle attestazioni di tecnici abilitati o dalle dichiarazioni di conformità rese dalle Agenzie per le imprese (istituite dall'art. 38 co. 4 del d.l. n. 112/2008), relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti per l'avvio dell'attività.

Tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Tale documentazione sostituisce anche eventuali pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive eventualmente richieste alla legge; (iii) come detto, l'attività può essere iniziata immediatamente dalla data di presentazione della segnalazione all'amministrazione competente; (iv) in caso di accertata carenza dei requisiti necessari ed entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della SCIA, l'amministrazione competente adotta motivati provvedimenti con cui dispone il divieto di proseguire l'attività e la rimozione degli eventuali effetti dannosi. L'interessato può evitare tali provvedimenti conformando alla normativa vigente l'attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a 30 giorni.

Inoltre, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali, in caso di dichiarazioni sostitutive false o mendaci, l'amministrazione può sempre adottare (quindi, si ritiene anche oltre il termine di 30 giorni) i suddetti provvedimenti; (v) è fatto salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. *21 quinquies* e *21 nonies* l. 241/1990; (vi) al di là di tali casi e decorso il termine dei 30 giorni dalla SCIA, all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza di pericolo attuale di un danno grave e irreparabile per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente; (vii) sono previste sanzioni penali in caso di false attestazioni e/o dichiarazioni; (viii) 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 una espressione più ampia, e la disciplina della SCIA sostituisce direttamente quella della dichiarazione di inizio di attività recata da ogni normativa statale e regionale.

Ricordando che vi sono ipotesi indicate dalla legge (in gran parte corrispondenti con la vecchia DIA) in cui la disciplina semplificatoria della SCIA è esclusa, si può concludere sostenendo che una così radicale riforma dell'art. 19 della l. n. 241/1990 rende necessaria, per il corretto funzionamento degli uffici soprattutto con riferimento ai rapporti con i cittadini, l'emanazione di circolari amministrative e di regolamenti governativi previsti dalla stessa legge che evitino o perlomeno limitino i problemi applicativi che via via sorgeranno.

«::::::::: GA :::::::::»

L'ENERGIA NUCLEARE TRA POLITICHE STATALI E PREROGATIVE REGIONALI

del Dott. Francesco Sampugnaro

Le regioni Toscana, Umbria, Liguria, Puglia, Basilicata, Piemonte, Lazio, Calabria, Marche, Emilia Romagna e Molise hanno sollevato, in via principale, numerose questioni di legittimità costituzionale nei confronti di una pluralità di disposizioni contenute nella l. 23.7.2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*).

In particolare è stato impugnato da tutte le regioni l'art. 25 *"Delega al Governo in materia di nucleare"*, mentre l'art. 26 *"Energia Nucleare"* ha costituito oggetto di impugnazione solo da parte di talune di esse.

Rinviando al prosieguo, consideratane la centralità, la problematica relativa al riparto di competenze legislative in materia di energia nucleare, procediamo, in estrema sintesi, all'analisi delle questioni di legittimità, sollevate dalle ricorrenti, avverso la normativa impugnata.

Un primo ordine di censure, addotte dalle regioni, si fondano sull'assenza di previsioni, all'interno della legge delega, di strumenti volti ad assicurare nello specifico, le modalità di esercizio di un'intesa *"forte"*, tra Stato e regioni[1], nell'individuazione dei siti destinati ad ospitare la costruzione e l'esercizio di impianti nucleari.

Un secondo ordine di censure, attiene alle modalità di esercizio del potere sostitutivo del Governo, in caso di mancato raggiungimento delle necessarie intese con i diversi enti locali coinvolti, secondo quanto previsto dall'art. 120 cost..

Ulteriori questioni di legittimità concernono infine il potere, riconosciuto in capo al legislatore nazionale, di dichiarare i siti dove verranno localizzati gli impianti nucleari *"aree di interesse strategico nazionale, soggette a speciali forme di vigilanza e protezione"*.

Con riferimento alla problematica relativa alla costruzione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica nucleare, la Corte, nel dichiarare inammissibili le censure formulate, rileva che le ricorrenti sostengono erroneamente che le disposizioni impugnate escluderebbero l'intesa con la regione interessata, nella localizzazione nel dettaglio del sito nucleare.

Seguendo nella propria argomentazione, la Corte rileva come non possa essere attribuito al silenzio del legislatore siffatto significato; ciò in ragione del consolidato principio dell'*"interpretazione costituzionalmente conforme della delega"*. Sarà infatti compito del legislatore delegato prevedere adeguate forme di coinvolgimento delle regioni nei procedimenti di localizzazione dei siti nucleari.

In ordine poi al censurato potere sostitutivo, esercitato dal Governo in caso di mancato raggiungimento delle necessarie intese con i diversi enti locali coinvolti, l'eccezione sollevata dalle ricorrenti, viene dichiarata infondata dalla Corte, in quanto muove dall'erroneo presupposto che la disposizione impugnata si applichi alle intese con le regioni, senza considerare che alle stesse viene riconosciuta, secondo quanto previsto dall'art. 114 cost. una posizione di autonomia costituzionalmente protetta.

Per quanto concerne infine la presunta lesione della potestà legislativa regionale, imputabile alla mancata previsione di un coinvolgimento regionale, nella dichiarazione dei siti nucleari *"aree di interesse strategico nazionale, soggette a speciali forme di vigilanza e protezione"*, la Corte rileva, ancora una volta, come le indicazioni della legge delega non possano ritenersi di per sé lesive della sfera di competenza delle regioni.

La problematica centrale affrontata dai giudici di legittimità e sulla quale si giocherà la *"partita"* del nucleare è, ad avviso di chi scrive, l'esatta individuazione delle competenze statali e regionali in materia di produzione di energia nucleare.

In tal senso la Corte procede ad una ricognizione della pluralità di interessi coinvolti in tema di produzione di energia nucleare,

[1] C. cost. 14.10.2005, n. 383; C. cost. 29.01.2005, n. 65

fornendo ai medesimi una collocazione all'interno di quel *"grande contenitore"* che è l'art. 117 cost..

La rassegna della Corte non pare introdurre elementi che possano far intravedere una qualche inversione di tendenza rispetto al passato, sia in ordine all'individuazione degli interessi coinvolti, che alla collocazione degli stessi nei rispettivi ambiti di competenza.

Ciò che emerge con estrema evidenza è che la produzione di energia elettrica nucleare coinvolge una vasta gamma di interessi, in parte riconducibili a sfere di competenza concorrenti, in parte attribuibili alla competenza esclusiva dello Stato.

Sono riconducibili alla materia di competenza legislativa concorrente *"produzione di energia"* le disposizioni relative alla collocazione, alla costruzione e all'esercizio degli impianti nucleari, che, per consolidata giurisprudenza costituisce *"governo del territorio"* [2] .

Sono invece norme riferibili alla competenza esclusiva statale in materia di *"tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"* tutte quelle disposizioni che concernono la costruzione e l'esercizio di impianti per la messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi e per lo smantellamento di impianti a fine vita.

Come rimarcato dalla Consulta, la competenza statale, in materia di tutela dell'ambiente, è tale da legittimare un intervento legislativo[3], volto a disciplinare le modalità di realizzazione di un impianto per lo smaltimento di rifiuti radioattivi, sempre con il coinvolgimento, nel rispetto della competenza concorrente in materia di governo del territorio, delle regioni interessate.

Dalle decisioni adottate dalla Corte, con riferimento alla pluralità delle questioni sollevate dalle regioni ricorrenti, proviamo a trarre alcune considerazioni.

Il giudice delle leggi sembra cercare nella pronuncia in esame un punto di equilibrio tra interessi unitari da un lato e tutela delle autonomie regionali dall'altro.

Come accennato in precedenza, la molteplicità e l'eterogeneità degli interessi coinvolti rende piuttosto arduo dare un giudizio sull'operato della Corte.

Ad ogni buon conto, possiamo affermare che a fronte del rigetto di gran parte delle censure sollevate dalle regioni avverso la legge delega, la Corte ha fornito determinanti indicazioni al legislatore delegato circa il *"modus operandi"* nel recepimento della delega.

La decisione in esame parrebbe una pronunzia *"aperta"*, che di fatto rinvia la propria decisione al vaglio di costituzionalità, cui verrà sottoposto il d. lgs. 15.2.2010, n. 31, di attuazione della delega, recante la *"disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagne informative al pubblico, a norma dell'art. 25 della l. 23.7.2009, n. 99"*.

Ciò detto, procediamo nel tentativo di ripercorrere talune statuizioni assunte della Corte nella sentenza in commento, muovendo però dalle indicazioni dalla medesima fornite al legislatore delegato, circa le modalità con cui recepire la delega.

Scopo della suddetta operazione è cercare di verificare se e in che modo il legislatore delegato abbia raccolto le prescrizioni fornite dalla Corte.

Prendiamo le mosse dalla doglianza regionale, che lamenta la mancanza di una previsione all'interno della legge delega, che vada disciplinare le modalità di esercizio di un'intesa *"forte"* tra Stato e regioni.

Le ricorrenti, giova ricordarlo, ritengono infatti illegittima la disposizione contenuta nella legge delega, che prevede l'accentramento in capo allo Stato della funzione amministrativa relativa al rilascio della autorizzazione unica per mezzo di chiamata in sussidiarietà, senza introdurre alcuno strumento che vada a disciplinare in concreto le modalità con cui addivenire ad un'intesa *"forte"* con ciascuna regione interessata.

La Corte, dopo aver precisato che il silenzio del legislatore delegante non può in alcun modo essere interpretato, come un diniego alla facoltà di stringere intese con le autonomie

[2] C. cost. 7.10.2003, n. 307
[3] C. cost 29.1.2005, n. 62; C. cost. 28.6.2006, n. 247

regionali, dichiara con estrema chiarezza, che il coinvolgimento delle regioni interessate dovrà costituire un passaggio obbligato per il legislatore delegato nel caso in cui intenda esercitare la funzione legislativa.

Ma non basta, il giudice costituzionale argomenta ulteriormente il senso della sua affermazione, chiarendo che *"il legislatore è poi libero e talvolta anche obbligato costituzionalmente nell'attività di ulteriore rafforzamento delle istanze partecipative del sistema regionale e degli enti locali, per la quale, quando l'interesse in gioco non sia accentrato esclusivamente in capo alla singola regione ben si presta l'intervento della conferenza Stato - regioni e della Conferenza Stato - città ed autonomie locali"*.

Procedendo per sommi capi nell'analisi del d. lgs. 15.2.2010, n. 31, cerchiamo di verificare in che modo le indicazioni fornite dalla Corte sono state recepite dal legislatore delegato.

Ciò che risalta subito all'occhio da una prima analisi del decreto delegato è l'inserimento delle strategia nucleare all'interno della strategia energetica nazionale di cui all'art. 7 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l.6.8.2008, n. 133. Già in questa prima disposizione pare cogliersi una volontà del legislatore delegato di conformarsi alle indicazioni della Corte.

La strategia nucleare, pur nella molteplicità delle sue sfaccettature e degli interessi che va ad intaccare viene ricondotta nell'alveo di prevalenza, individuato nella politica concorrente della produzione energetica.

Passando ad esaminare le modalità di collaborazione tra Stato e regioni, introdotte dal decreto legislativo delegato, viene immediatamente in rilievo la procedura prevista per la localizzazione e la certificazione dei siti.

Il procedimento risulta assai complesso.

Il Ministro dello sviluppo economico sottopone ciascuno dei siti certificati all'intesa con la regione interessata, che si esprime previa acquisizione del parere del comune interessato. In caso di mancato raggiungimento dell'intesa viene costituito un Comitato interistituzionale la cui composizione paritaria viene assicurata mediante la partecipazione di componenti espressione delle istituzioni statali e regionali.

Nel caso in cui non si pervenga alla costituzione del Comitato, o qualora lo stesso non riesca a pervenire al raggiungimento di un'intesa, si prevede che la stessa venga raggiunta mediante decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del consiglio dei Ministri, integrato con la partecipazione del Presidente della regione interessata.

A conclusione del suddetto *iter* il Ministro dello sviluppo economico trasmette l'elenco dei siti certificati alla Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d. lgs. 28.8.1997, n. 281, che deve esprimersi non oltre sessanta giorni dal ricevimento della richiesta.

In caso di mancato raggiungimento dell'intesa in sede di Conferenza Unificata entro il suddetto termine il Consiglio dei Ministri provvede con deliberazione motivata sulla base delle intese già raggiunte con le singole Regioni o sulla base dei decreti sostitutivi. Nell'ipotesi in cui la Conferenza unificata addivenga invece ad un'intesa nei termini di legge viene adottato entro trenta giorni il decreto di approvazione dell'elenco dei siti certificati.

Da un primo esame della norma pare potersi affermare con un certo grado di certezza che le prescrizioni della Consulta siano state diffusamente recepite dal legislatore delegato.

Il coinvolgimento delle regioni, in ragione di quanto sopra esposto, risulta caratterizzare tutte le fasi relative alle certificazione dei siti.

Non vi è poi, ad avviso di chi scrive, perplessità alcuna circa la legittimità della disposizione che riconosce alla deliberazione del consiglio dei Ministri, in caso di mancato raggiungimento dell'intesa con le regioni, il potere di sostituirsi ad essa.

Tale previsione infatti, oltre a risultare perfettamente in linea con quanto previsto dall'art. 120, co. 2, cost, denota altresì una volontà di vera e leale collaborazione, da parte del legislatore nazionale, nel prevedere, la partecipazione del presidente della regione interessata al consiglio dei Ministri.

LA MODIFICA DEI CONFINI REGIONALI NELLA PRIMA APPLICAZIONE DELL'IPOTESI DI DISTACCO E AGGREGAZIONE DI COMUNI A REGIONI DIVERSE. DISCIPLINA ATTUALE E PROSPETTIVE DI CAMBIAMENTO

della Dott.ssa Elisa Lori

Con la sentenza 8.7.2010 n. 246 la Corte costituzionale affronta la questione delle modifiche dei confini regionali.

La normativa sottoposta a giudizio è data dall'intera l. 3.8.2009 n. 117, che regola il distacco di diversi comuni dalla regione Marche e la loro aggregazione alla regione Emilia-Romagna, nell'ambito della provincia di Rimini.

I territori distaccati sono quelli dell'Alta Valmarecchia[1], che, seppur ricompresi fino ad ora nella provincia di Pesaro e Urbino nelle Marche, costituiscono un naturale entroterra riminese: da sempre questi comuni sono legati alla Romagna per la fruizione dei servizi e delle infrastrutture ed hanno una morfologia territoriale maggiormente simile ai contigui comuni del riminese, piuttosto che ai vicini marchigiani.

Siamo, dunque, in presenza del primo caso nella storia della Repubblica di applicazione della disciplina dell'art. 132, co. 2 cost., rimasta esclusivamente una previsione teorica per decenni.

Questa prima esperienza giunge sull'onda di una serie di iniziative referendarie di comuni intenzionati a cambiare regione, che negli ultimi anni è andata intensificandosi. Tuttavia, il caso di specie mantiene la sua singolarità anche per il regime istituzionale delle regioni coinvolte e le conseguenti motivazioni sottostanti la richiesta di avere una diversa contestualizzazione territoriale: se, infatti, la quasi totalità dei comuni chiede di essere inserita in una regione a statuto speciale, con chiari benefici in termini fiscali o, comunque, con particolari vantaggi per le relative popolazioni, i comuni in questione chiedono di passare ad un'altra regione a statuto ordinario, esclusivamente per motivi di tipo sociale, economico-infrastrutturale e culturale, senza l'ambizione ad ulteriori vantaggi aggiuntivi[2].

Alla luce di queste premesse, quindi, si può vedere come la Corte costituzionale affronta la questione.

La legge in esame viene impugnata per intero dalla regione Marche con riferimento all'art. 132, co. 2, Cost. e al principio di leale collaborazione.

La norma è composta solamente da tre articoli: il primo dispone il distacco aggregazione dei comuni, in considerazione della loro *"particolare collocazione territoriale"* e dei *"peculiari legami storici, economici e culturali"* con i comuni romagnoli limitrofi; il secondo articolo disciplina gli adempimenti amministrativi, individuando la figura del *"commissario"*, quale deputato alla promozione degli adempimenti necessari al passaggio, e fissando termini temporali per il completamento delle varie fasi; infine, l'ultimo articolo stabilisce l'entrata in vigore della legge, prevista per il giorno successivo alla pubblicazione.

Nel proprio ricorso, in particolare, la regione Marche solleva i dubbi di legittimità costituzionale nei confronti di alcuni passaggi dell'iter di formazione della legge[3], posto in essere secondo il procedimento *"aggravato"* previsto dal testo costituzionale: l'art. 132,

[1] Si tratta dei comuni di Casteldieci, Maiolo, Novafeltria, Pennabilli, San Leo, Sant'Agata Feltria e Talamello.

[2] CFR. FILIPPINI R., *La modifica di confini regionali per distacco di comuni nell'esperienza dell'Alta Valmarecchia: tra legislazione, accordi ed intese attuative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2009, pag. 7.

[3] La regione Marche nel proprio ricorso giustifica il rilievo di vizi di carattere procedimentale innanzi alla giudice costituzionale, richiamando la sentenza della Corte 26.1.1957, n. 3, con cui viene specificato che *"non è a dubitare che le violazioni delle norme strumentali per il processo formativo della legge nelle sue varie specie (…) siano suscettibili di sindacato costituzionale"*.

co. 2, infatti, stabilisce che si può *"con l'approvazione della maggioranza delle popolazioni della provincia o delle province interessate e del comune o dei comuni interessati espressa mediante referendum e con legge della Repubblica, sentiti i consigli regionali, consentire che province e comuni, che ne facciano richiesta, siano staccati da una regione e aggregati ad un'altra"*.

Nei fatti, quindi, il procedimento ha avuto inizio con la richiesta di referendum formulata nel giugno 2006 dai comuni interessati[4]. Alla fine dello stesso anno è avvenuta la consultazione, che ha visto la partecipazione della maggioranza degli aventi diritto e si è conclusa favorevolmente al distacco in tutti i comuni.

Successivamente, il Governo ha predisposto lo schema di disegno di legge[5] per l'operazione e ha richiesto ai Consigli delle regioni interessate i pareri sulla modifica territoriale.

Tuttavia, queste si sono espresse in maniera discordante tra loro: la regione Emilia-Romagna, infatti, ha risposto a novembre del 2007 con un parere favorevole, mentre la regione Marche ha reso, nel marzo 2008, un parere contrario al distacco.

In particolare, quest'ultima, seppur riconoscendo la bontà delle ragioni[6] addotte nella richiesta di *referendum*, riteneva maggiormente opportune azioni di programmazione sul territorio e interventi concordati fra i vari enti locali coinvolti (tra cui ha ricordato il protocollo d'intesa tra le regioni e le provincie interessate), in considerazione del fatto che tra i comuni oggetto di distacco e gli altri enti marchigiani si sono sviluppati rapporti di collaborazione opportuni da mantenere.

Nel parere si evidenziava, inoltre, che la questione si inserisce in un contesto nazionale caratterizzato da tante altre iniziative simili sullo sfondo di un panorama complesso, in cui si stanno valutando anche modifiche alla disciplina costituzionale.

L'accoglimento della richiesta di distacco, pertanto, avrebbe incentivato altri enti a proporre ulteriori simili richieste, con nuovi notevoli costi istituzionali, amministrativi e economici.

Nel frattempo, il disegno di legge per il distacco è caduto in corrispondenza del passaggio a nuova legislatura di Governo ed è stato sostituito da tre progetti di legge di iniziativa parlamentare, successivamente fusi in un testo unificato dalla Commissione che per prima ha esaminato la questione[7].

Il procedimento, infine, si è concluso con le approvazioni della Camera dei deputati e, nel luglio del 2009, del Senato[8].

Nel proprio ricorso, la regione Marche, nel ripercorrere queste tappe dell'*iter* di formazione della legge, afferma che il parere da essa espresso non avrebbe avuto all'interno del procedimento un'adeguata considerazione.
Ciò, unitamente alla mancata esplicitazione delle motivazioni che hanno portato il legislatore a discostarsene, lascerebbe ipotizzare una lesione delle previsioni costituzionali in materia di distacco ed al principio di leale collaborazione.

A comprova di tali affermazioni, la ricorrente dimostra che in nessun atto formale si fa menzione del parere: né nella formula di promulgazione, né nel messaggio del Presidente del Senato, che ha approvato per ultimo la legge, né nel testo della legge, né nelle relazioni delle Commissioni in sede referente.

I pareri delle regioni, inoltre, non sono stati inseriti nemmeno nel cosiddetto *"fascicolo d'Assemblea"*, a disposizione di tutti i deputati per i lavori di approvazione.

[4] La richiesta è stata formulata dai comuni all'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte suprema di cassazione con singole deliberazioni dei Consigli. L'Ufficio ha poi dichiarato la legittimità della richiesta con propria ordinanza a giugno 2006.

[5] Lo schema è stato formalmente predisposto dal Ministero dell'Interno e presentato ad aprile 2007 alla Camera dei deputati. Nella relativa relazione di accompagnamento veniva segnalato che i Consigli regionali non si erano ancora espressi.

[6] Ovvero l'integrazione economica e sociale, la comunanza delle reti di trasporto, informazione e comunicazione, nonché il senso di appartenenza della popolazione al contesto territoriale.

[7] Si tratta della I Commissione permanente della Camera dei deputati, che ha esaminato le proposte in sede referente. La Commissione, nel corso dei propri lavori ha riunificato i tre schemi in un solo testo, che ha successivamente approvato.

[8] In Senato la questione viene assegnata alla I Commissione permanente in sede referente, la quale, poi, chiede l'assegnazione in sede deliberante, per accelerare i tempi.

Il parere viene soltanto citato da alcuni parlamentari durante le discussioni, senza, tuttavia che ciò comporti un'attenta considerazione ed analisi del relativo contenuto.

Al contempo, la regione osserva che la peculiare procedura legislativa è stata così configurata dal legislatore per consentire l'interlocuzione tra il corpo elettorale dei territori direttamente interessati, i rappresentanti delle collettività regionali e quelli della collettività nazionale, quali indiretti interessati. Tenendo presenti queste considerazioni, quindi, evidenzia che *"le finalità della norma costituzionale (…) (vengono) del tutto frustrate"* se i pareri non sono sostanzialmente presi in considerazione e non vengono rese conoscibili le ragioni di un eventuale discostamento del legislatore statale da essi.

Inoltre, viene anche richiamata la precedente sentenza 10.11.2004, n. 334, in cui la Corte afferma che *"l'acquisizione e l'esame dei pareri dei consigli regionali avranno sicura incidenza ai fini dell'eventuale approvazione della legge di modifica territoriale"*. Considerando che siamo in presenza di un parere obbligatorio ma non vincolante, la regione conclude, quindi, che la *"sicura incidenza"* sia da leggere come sicura presa in considerazione, che deve risultare da atti formali.

La ricorrente riconosce, poi, che negli stessi atti ufficiali del procedimento legislativo manca anche la motivazione del discostamento dal contenuto del parere.

E' presente soltanto una generale indicazione delle ragioni del distacco all'art. 1 della legge in questione che, da un lato, non risultano necessarie (la legge ordinaria non prevede obbligo di motivazione)[9], dall'altro, non sono sufficienti a giustificare la scelta del legislatore.

Esse, infatti, motivano la variazione, ma non spiegano il perché di una decisione contrastante con il parere del consiglio regionale.

La regione Marche giunge ad ipotizzare, al termine del proprio ricorso, anche la violazione del principio di leale collaborazione. Dando atto, infatti, che la sua *"pervasività"*[10] nell'ordinamento impone relazioni improntate al reciproco rispetto e considerazione tra i soggetti istituzionali, la situazione in analisi sembra non aver rispettato il *minimum* previsto dal principio, ovvero l'onere di mutua informazione.

Nel rispondere al ricorso, la Corte costituzionale premette di riconoscere, come pure rilevato dalla regione, che il procedimento legislativo in esame è *"plurifasico"* e *"aggravato"* e l'adempimento di *"sentire"* i consigli regionali trova spiegazione nell'esigenza di far emergere tutti gli interessi locali più o meno direttamente implicati nell'operazione.

Pur partendo dalla medesima premessa, tuttavia, la Corte giunge a conclusioni opposte, dichiarando entrambe le questioni non fondate.

Per quanto attiene a quella relativa all'art. 132, co. 2 cost., la Corte si sofferma su due argomentazioni principali. La prima di esse riguarda il presunto obbligo del Parlamento di motivare la propria decisione, se divergente dal parere regionale: ciò porrebbe a carico del legislatore ordinario un ulteriore onere procedimentale.

La *"sicura incidenza"* che questo parere deve avere, quindi, non può essere interpretata in questo senso, in quanto la Costituzione non prevede questo appesantimento.

La seconda argomentazione, invece, riguarda la *"considerazione"* del parere all'interno dell'*iter*.

Tuttavia, la Corte non utilizza la parola *"considerazione"* (più volte ripetuta invece nel ricorso) e, ad avviso della scrivente, affronta solo parzialmente l'argomento, riferendosi esclusivamente alla chiara *"conoscenza"* del suo contenuto da parte dei parlamentari ed alla competenza della valutazione dell'integrità del *"fascicolo dell'assemblea"*[11].

[9] Cfr. C. cost. 17.2.1964, n. 14, in cui si legge *"di norma, non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto"*. L'espressione "di norma" ammette, quindi, che in casi eccezionali, quando le circostanze lo richiedono, la legge possa e debba essere motivata.

[10] Vedi punto 11.1 del ricorso promosso dalla regione Marche (n. 95 del registro ricorsi 2009), in cui si richiamano precedenti pronunce della C. cost. (n. 149 del 2007 e n. 470 del 1988).

[11] La Corte rileva che la valutazione dell'integrità del fascicolo non può essere condotta dalla stessa Corte,

Anche per quello che attiene il profilo della leale collaborazione, infine, la Corte dichiara l'infondatezza della questione.

Se, infatti, ci fosse l'obbligo di informazione circa le motivazioni della scelta, prospettato dalla regione ricorrente, saremmo in presenza di un altro appesantimento della procedura non giustificato dal dettato costituzionale.

La sentenza, vertendo sulla prima applicazione del dettato costituzionale in materia di distacchi-aggregazioni, fornisce un interessante spunto per un approfondimento sul co. 2 dell'art. 132.

L'articolo in questione aveva una formulazione originaria leggermente diversa dall'attuale: in particolare, prevedeva che si potesse *"con referendum e con legge della Repubblica, sentiti i consigli regionali, consentire che province e comuni, che ne (facessero) richiesta, (fossero) staccati da una regione ed aggregati ad un'altra"*.

Con la riforma del titolo quinto della costituzione nel 2001, poi, è giunta la nuova ed attuale formulazione dell'art. 132, con cui il legislatore costituzionale, non cambiando la sostanza della norma, ha introdotto alcune precisazioni.

Tuttavia, anche con riguardo al testo riformato, permanevano perplessità sul corretto significato da attribuire alle parole.

In particolare, non era chiaro quali si dovessero intendere per *"popolazioni (…) interessate"* che devono esprimere la loro approvazione con *referendum*.

Il nodo è stato sciolto dalla Consulta[12] con la dichiarazione dell'incostituzionalità dell'art. 42 della legge applicativa (l. 25.5.1970, n. 352).

La norma, fino al 2004, infatti, era accompagnata da una disciplina che prevedeva una procedura referendaria piuttosto onerosa (spiegando, così, anche la lunga inapplicazione della fattispecie).

La Corte è intervenuta nella parte in cui la norma prescriveva che la richiesta di referendum dovesse essere accompagnata anche da delibere consiliari di vari soggetti diversi da quelli che intendevano distaccarsi.

Con questa decisione, si è chiarito che per *"popolazioni interessate"* devono essere intese solo quelle del territorio direttamente coinvolto dalla modifica. Ne discende una *"semplificazione"* della procedura, che impone la consultazione diretta solo per i comuni da distaccare.

Da una lettura dell'articolo costituzionale in questione, emerge, quindi, la volontà del legislatore di introdurre all'interno della procedura di formazione della legge un meccanismo di contemperamento dei vari interessi in gioco, con diversi pesi a seconda del tipo di coinvolgimento del soggetto.

Gli attori ed i relativi strumenti di partecipazione sono tre: le popolazioni dei comuni deputati al passaggio, chiamate a consultazione, le altre popolazioni della regione, rappresentate dal Consiglio che emette il proprio parere, e la comunità nazionale rappresentata dal Parlamento, che emette la legge finale.

Nell'ambito di questo sistema, il procedimento viene attivato dalla richiesta di referendum dei comuni: non si tratta di un'iniziativa legislativa, che spetta sempre al Parlamento, ma piuttosto dell'avvio di una procedura che deve essere approvata dal Parlamento per portare alla produzione di una legge.

Il *referendum*, infatti, si qualifica come momento consultivo e non deliberativo[13].

A ciò è necessario, tuttavia, aggiungere un'ulteriore considerazione: seppure la consultazione sia da classificare come consultiva e, quindi, un eventuale esito positivo non vincola il legislatore ad assumere alcuna decisione in merito al distacco, un esito negativo impedisce il proseguo della procedura.

Il secondo momento è la partecipazione regionale all'*iter* legislativo.

L'intenzione del Costituente, nell'adottare questa previsione, è quella di rappresentare alle Camere la posizione delle popolazioni

ma esclusivamente dalla Camera di riferimento. Si tratta, infatti, di un'indagine relativa al *"corretto svolgimento dei lavori parlamentari, che solo la Camera è competente*.

[12] Cfr. C. cost. 10.11.2004, n. 334.

[13] CFR. LUCIANI M. nell'intervento nell'*Indagine conoscitiva sulle problematiche relative al distacco di comuni dalla regione Marche e alla loro aggregazione alla regione Emilia-Romagna* della I Commissione affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e interni del 11.02.2009.

indirettamente interessate alla variazione territoriale[14].

La modifica in questione, infatti, comporta molteplici e complesse conseguenze sia per i comuni deputati al passaggio che per gli altri enti della regione: da un lato, quindi, appare opportuno ascoltare l'opinione di chi viene investito da tali conseguenze per volontà altrui; dall'altro gli organi regionali appaiono i soggetti migliori per apprezzare e far rilevare l'importanza delle conseguenze[15].

L'intervento nella procedura di formazione della legge della *"voce"* delle collettività, a diverso grado interessate nell'operazione, è espressione del *"diritto di autodeterminazione"*, ossia *"il fatto che i popoli possono autodeterminare le scelte che competono al loro territorio, anche attraverso la decisione del trasferimento da un territorio ad un altro"*[16], seppur con evidenti limitazioni dovute al fatto che essi non hanno una vera e propria autonomia decisionale nel procedimento, ma piuttosto una funzione consultiva.

Il terzo e ultimo atto è, dunque, rappresentato dalla legge ordinaria per il distacco e l'aggregazione ad altra regione, con cui si effettua un'operazione di bilanciamento di interessi: il Parlamento, infatti, ha il ruolo di garantire che la variazione sia congrua all'interesse generale e, quindi, all'interesse unitario, che è destinato a prevalere sull'autodeterminazione.

Il Parlamento, dunque, quale reale padrone della procedura legislativa, non è da considerarsi *"una sorta di notaio"*[17] obbligato a prendere atto di decisioni altrui: l'Assemblea potrebbe, infatti, disattendere il risultato del referendum o anche i pareri (seppur anche espressi in maniera convergente) a favore del distacco con una decisione contraria ad esso, qualora valutasse che l'interesse generale debba andare in tale direzione.

Essendo questo lo stato attuale delle cose, bisogna dire che si presentano interessanti prospettive di riforma per l'articolo costituzionale in esame.

In particolare, non solo il legislatore, ragionando sull'incremento negli ultimi anni delle richieste di distacco ed aggregazione ad altra regione, si sente spinto a rendere più gravosa la procedura; ma anche tende a ricercare soluzioni che garantiscano maggiori livelli di tutela ai controinteressati. Il risultato è contenuto nella proposta di legge attualmente ancora in fase d'esame[18].

Le novità che verrebbero introdotte dalla revisione sono essenzialmente due: in primo luogo, la popolazione del comune che vuole passare da una regione ad un'altra deve *"approvare"* la deliberazione del Consiglio per il distacco con un *referendum* non più meramente consultivo, ma confermativo; in secondo luogo, è previsto un'ulteriore consultazione che investe una collettività più ampia di quella degli interessati in entrambe le regioni di provenienza e destinazione[19].

Alla luce della trasformazione in senso federale del panorama istituzionale, con prospettive di progressivo aumento dell'autonomia da parte degli enti e del loro ruolo di rappresentanza e tutela della popolazione presente sul territorio, il legislatore costituzionale appare compiere una scelta che va in senso contrario e insiste sulla rigidità dello stato delle cose. Sembra, inoltre, che si voglia limitare, attraverso la complicazione della procedura, l'utilizzo dello strumento di revisione dei confini regionali, che, siccome previsto

[14] CFR. TRABUCCO F.R., *Riflessioni sulla prima attuazione dell'art. 132, secondo comma, Cost., dopo sessantuno anni di vita*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3-4/2009, pag. 617.

[15] CFR. FILIPPINI R., *La modifica di confini regionali per distacco di comuni nell'esperienza dell'Alta Valmarecchia: tra legislazione, accordi ed intese attuative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2009, pag. 7.

[16] Cfr. FROSINI T.E., *Da una regione all'altra. Il percorso costituzionale dei comuni*, www.federalismi.it, n. 2/2010 e nell'intervento nell'*Indagine conoscitiva sulle problematiche relative al distacco di comuni dalla regione Marche e alla loro aggregazione alla regione Emilia-Romagna* della I Commissione affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e interni del 11.2.2009.

[17] VEDI ZACCAGNA R. nell'intervento nell'*Indagine conoscitiva sulle problematiche relative al distacco di comuni dalla regione Marche e alla loro aggregazione alla regione Emilia-Romagna* della I Commissione affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e interni del 11.02.2009.

[18] La proposta di legge A.C. 1221 in realtà proviene dall'identico disegno di legge A.C. 2523 della precedente legislatura di Governo.

[19] Cfr. Servizio studi della Camera dei deputati, *P.d.l. cost. A.C. 1221. Schede di lettura*, 04.11.2008.

dal Costituente, avrebbe di per sé ragione di essere utilizzato al fine di adattare le suddivisioni territoriali alla realtà economica, sociale e culturale.

«::::::::: GA :::::::::»

I NUOVI CONSIGLI REGIONALI ALLA PROVA DEI TAR

della Dott.ssa Elena Paparella

1. Premessa: le elezioni regionali del 2010 e i seggi aggiuntivi.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, con ordinanza del 25.8.2010, ha promosso il giudizio di costituzionalità dell'art. 10 della l. regionale 28.1.2005, n. 2 - legge elettorale pugliese - in relazione all'art. 123 della cost., per contrasto con l'art. 24, co. 1, dello Statuto della regione Puglia.

Nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno rilevato un dubbio di costituzionalità riguardo ad alcune delle disposizioni di legge regionale inerenti alla materia elettorale[1] che, rinviando alla normativa statale relativa al c.d. *"premio di governabilità"* da attribuire alla coalizione risultata vincente nelle consultazioni elettorali[2], generano di fatto una composizione dell'organo consiliare non conforme alle disposizioni statutarie.

La questione trae origine dalle elezioni regionali svoltesi il 28 e 29.3.2010[3], a seguito delle quali si prospettata la possibilità, per la coalizione vincente, di usufruire del c.d. *"doppio premio"* di maggioranza previsto dalla normativa statale come recepita dalla legge elettorale regionale, consistente in una quota aggiuntiva di seggi da assegnare alla lista regionale che consegue la maggiore cifra elettorale.

Con l'attribuzione del *"premio"* alla maggioranza, il numero dei membri del consiglio regionale pugliese sarebbe stato di settantotto, ovvero otto consiglieri in più rispetto ai settanta previsti dallo Statuto regionale[4], tuttavia il competente Ufficio elettorale ha determinato il numero dei consiglieri nel limite di settanta, in conformità alla norma statutaria. Una vicenda analoga, anche se con sviluppi differenti, ha avuto luogo, a seguito delle medesime consultazioni, per la determinazione del numero dei componenti del Consiglio regionale del Lazio[5].

2. I sistemi elettorali regionali.

Al fine di una corretta individuazione del contesto normativo inerente alle procedure elettorali in ambito regionale, si ricorda che l'attribuzione di seggi ulteriori, rispetto al numero indicato dalle norme statutarie, è questione controversa ed attiene all'articolato sistema di fonti concernenti la materia dei sistemi elettorali delle regioni. Si è in presenza, infatti, di un triplice livello normativo: statuto regionale, legge elettorale statale, legge elettorale regionale.

E' noto infatti che la l. cost. n.1 del 1999[6] ha ridefinito, le competenze legislative in materia elettorale, distribuendole tra l'ambito statutario e l'ambito della legge regionale.

L'art. 123 cost., come modificato dall'art. 3 della l. cost. n. 1 /1999, stabilisce inoltre che *"ciascuna regione ha uno statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo"*, nella quale innegabilmente rientra l'individuazione del numero dei consiglieri regionali. Inoltre l'art. 122 cost. riformato prevede che *"il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della regione nei limiti dei principi fondamentali sta-*

[1] Art. 10, lett.j, l. regionale 28.1.2005, n. 2 "*Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta regionale*".

[2] Si tratta del meccanismo di attribuzione di seggi consiliari introdotto dall'art. 3, co. 2, l. 23.2.1995, n. 43, "*Nuove norme per la elezione dei consigli delle regioni a statuto ordinario"*, che rinvia all'art. 15 della l. 17.2.1968, n. 108, "*Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale*". Tale normativa è stata recepita in alcune delle leggi elettorali regionali entrate in vigore nella fase successiva ai nuovi statuti.

[3] Si veda A. BRIGANTI, *Le elezioni regionali in Puglia*, in *Federalismi.it*, n. 6/2010.

[4] Art. 24, co.1, Statuto Regione Puglia, approvato con l. regionale del 12.5. 2004, n. 7.

[5] M.G. RODOMONTE – A. STERPA, *Le elezioni nella Regione Lazio: un complesso mosaico di norme, giudizi e scelte politiche*, in *Federalismi.it*, n. 6/2010.

[6] Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1, "*Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni*".

biliti con legge della Repubblica". La legge di riforma costituzionale del 1999 infine, all'art. 5, ha dettato una disciplina transitoria *"fino all'entrata in vigore dei nuovi statuti regionali e delle nuove leggi elettorali"*, che dispone che l'elezione del Presidente della giunta regionale sia contestuale al rinnovo dei rispettivi consigli regionali, rinviando a tal fine alle *"modalità previste dalle disposizioni di legge ordinaria vigenti in materia di elezione dei consigli regionali"*, con implicito riferimento alla l. n. 108/1968 ed alla l. n. 43/1995[7]. Quest'ultima, com'è noto, ha introdotto un sistema elettorale proporzionale a maggioranza variabile, che combina una quota proporzionale pari ai quattro quinti dei componenti del consiglio regionale, ed una quota maggioritaria per la parte restante dei seggi, per la quale è prevista l'elezione con sistema maggioritario sulla base di liste regionali concorrenti (c.d. *"listini"*) collegate alle liste provinciali.

Per il quinto dei seggi assegnati con sistema maggioritario, la legge dispone inoltre l'attribuzione di un premio che varia a seconda della percentuale di seggi conseguita dalla coalizione collegata al candidato Presidente risultato vincitore.

Nel caso in cui tale percentuale sia pari o superiore al 50% dei seggi del consiglio, la quota maggioritaria assegnata ammonta al 10% dei seggi, mentre il restante 10% viene assegnato, con sistema proporzionale, alle liste non collegate alla lista vincente. Si tratterebbe così di una sorta di *"premio dimezzato"*, criticabile perché paradossalmente penalizza le coalizioni che a livello circoscrizionale ottengono molti voti.

Se, al contrario, è stata conseguita una percentuale inferiore al 50% dei seggi del consiglio, la quota assegnata è del 20%, corrispondente all'intero *"quinto"* eletto con sistema maggioritario.

Oltre a tale meccanismo variabile di assegnazione della quota maggioritaria, la l. n. 43/1995 ha previsto la possibilità di assegnare *"seggi aggiuntivi"*, rispetto al numero predefinito nello Statuto dei componenti del consiglio, al fine di consentire alla coalizione vincente di ottenere un c.d. *"doppio premio"*, o *"premio di governabilità"*, corrispondente al 55% del totale dei seggi del consiglio, nel caso in cui la coalizione vincente abbia ottenuto un numero di voti inferiore al 40%, oppure del 60% dei seggi, qualora la cifra elettorale conseguita sia pari o superiore al 40%[8].

Il regime transitorio di cui all'art. 5 della l. cost. n. 1 /1999, avrebbe quindi di fatto prodotto una sostanziale *"costituzionalizzazione"* della disciplina statale nella materia elettorale regionale[9], con il fine di rendere immediatamente operativa la nuova forma di governo regionale ad elezione diretta del Presidente, in attesa che fossero approvati i nuovi statuti regionali e, successivamente a questi, i nuovi sistemi elettorali regionali[10].

Tuttavia, nell'esperienza concreta di molte regioni, anche successivamente all'adozione degli statuti *"di seconda generazione"*[11], le norme di legge ordinaria richiamate dal legislatore costituzionale con finalità esclusivamente transitorie, non hanno cessato di avere efficacia negli ordinamenti regionali, in virtù del recepimento da parte delle nuove leggi elettorali regionali.

Peraltro, il processo di adozione degli statuti è stato caratterizzato da tempistiche e modalità diverse, oltre che da decisivi interventi della Corte costituzionale, nonché, in alcuni casi, anche da esiti ancora incerti, con particolare riferimento a Veneto, Basilicata e Molise, che, come è noto, non hanno ancora approvato i rispettivi statuti.

3. Il premio di governabilità e la copertura statutaria.

Si osserva, quindi, che sul tema specifico della disciplina delle competizioni elettorali, affidata, ai sensi della riformata norma costi-

[7] Sulla forma di governo *"transitoria"* disegnata dall'art. 5 della l. cost. 22.11.1999, n.1 e sulla sua lunga fase di *"messa in opera"*, si veda S. STAIANO, *Le elezioni regionali in tempo di crisi del sistema*, in *Federalismi.it*, n. 2/2010.

[8] Art. 3, co. 2 , l. n. 43/1995.

[9] Sul punto si veda F. DRAGO, *Il sistema di elezione del Presidente della Giunta e del Consiglio nella legislazione delle Regioni a Statuto ordinario*, in *Federalismi.it*, 4/2010

[10] Si veda in merito C.cost. n. 4/2010.

[11] Per una analisi dei diversi contenuti caratterizzanti i nuovi statuti regionali, si veda R. BIFULCO (a cura di), *Gli statuti di seconda generazione*, Torino, Giappichelli, 2006.

tuzionale, al legislatore regionale, il dato della potenziata autonomia statutaria in materia di organi di governo della regione ha immediato riflesso sulla legislazione elettorale regionale[12]. Lo scenario dei sistemi elettorali vigenti allo stato attuale nelle nostre regioni appare, infatti, tutt'altro che uniforme, soprattutto se osservato nella prospettiva della "*copertura*" statutaria offerta al legislatore regionale in ordine all'attribuzione del premio di governabilità[13]. Su questo punto si possono, infatti, individuare almeno quattro diverse combinazioni normative, a seconda che lo statuto fornisca una copertura più o meno ampia, non ne offra alcuna, o – quarta ipotesi – sia ancora vigente il regime transitorio stabilito dall'art. 5 della l. cost. n.1 del 1999, in caso di mancata adozione dello statuto.

Si pensi, ad esempio, al caso dello statuto abruzzese il quale, nel disporre che "*la legge elettorale può prevedere l'attribuzione di seggi aggiuntivi al fine di garantire la formazione di una stabile maggioranza in seno al Consiglio*"[14], offre una copertura molto ampia al legislatore regionale, inducendo, tuttavia, a non infondati dubbi sulla legittimità di tale norma, soprattutto in considerazione dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale che ha inequivocabilmente delimitato l'ambito statutario nella materia elettorale regionale[15].

In altri casi, come quello della Lombardia e della Toscana, lo statuto sembrerebbe consentire, legittimamente, un relativo margine di autonomia al legislatore regionale, infatti, dopo aver stabilito il numero dei consiglieri, fa salvi gli effetti dell'ap-plicazione della legge elettorale[16].

Gli statuti del Lazio e della Puglia – che rilevano particolarmente ai fini della presente cronaca - differiscono ulteriormente dagli statuti appena sopra indicati. Il primo, infatti, nell'individuare la competenza del legislatore regionale sulla materia dei sistemi elettorali, fa riferimento espressamente al limite dei principi fondamentali contenuti nella legge elettorale[17]. Mentre il secondo, in modo non sostanzialmente dissimile dal primo, riconosce la competenza della legge regionale in materia elettorale, senza tuttavia richiamare esplicitamente il limite del rispetto dei principi fondamentali delle leggi dello stato[18].

Si segnalano, inoltre, gli statuti di quelle Regioni che, come la Calabria e la Liguria, pur determinando il numero dei consiglieri, non fanno menzione della legge elettorale regionale[19].

Tra questi rientrerebbe anche lo statuto dell'Emilia Romagna, che peraltro non ha ancora una legge elettorale e che disciplina la materia con riferimento alla legge finanziaria regionale, nell'ambito della disciplina relativa alle spese elettorali[20].

In ultimo si ricordano i casi di Basilicata, Molise e Veneto, in cui non è ancora stato adottato un nuovo statuto, per cui si applica, in materia elettorale, il regime transitorio di cui all'art. 5 della l. cost. n. 1 /1999.

Tale varietà, in una prospettiva di valorizzazione del principio autonomistico, non dovrebbe suscitare particolari perplessità e, tuttavia, non si può fare a meno di constatare che i due sistemi elettorali - quello del Lazio e della Puglia - che potrebbero, come sopra indicato, farsi rientrare nella medesima specie, hanno prodotto risultati diametralmente

[12] Tra gli altri, un dato da segnalare è quello della "corsa" intrapresa con i nuovi statuti, all'aumento del numero dei consiglieri, in alcuni casi giustificato con l'esigenza di dotare il Consiglio di maggiore rappresentatività a fronte dell'accresciuto potere del Presidente, sul punto si veda M. OLIVETTI, *La forma di governo e la legislazione elettorale: Statuti "a rime obbligate"?*, Relazione presentata la Convegno ISSIRFA-CNR su "*I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*", Roma, Sala del Cenacolo della Camera dei Deputati, 4.7.2005, in *www.issirfa.cnr.it//4172, 908.html*.

[13] Sulla primazia, riguardo al numero dei consiglieri regionali, della *"copertura"* statutaria sulle disposizioni di legge, si veda G. TARLI BARBIERI, *I risultati delle elezioni regionali in Lazio e Puglia: si possono assegnare seggi aggiuntivi?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1.4.2010.

[14] Art. 14, co. 2, St. Abruzzo.

[15] Si veda C.cost. n. 2/2004.

[16] Si veda art. 12, co. 1, St. Lombardia; art. 6, co. 2, St. Toscana.

[17] Art. 19, co. 1-2, St. Lazio, analogamente, art. 2 co. 6, St. Marche, art. 42, co. 2, St. Umbria, art. 17, c.3, St. Piemonte.

[18] Art. 24, co.1-2, St. Puglia.

[19] Art. 15 St. Calabria; art. 15, co. 2, St. Liguria.

[20] Art. 53, l. r. 22.12. 2009, n. 24 che rinvia alle l. n. 108/1968 e n. 43/1995.

opposti per quanto concerne l'attribuzione del premio di governabilità.

Infatti, il 29.4.2010 la Commissione competente dell'Ufficio elettorale presso la Corte di Appello di Bari ha deciso di non attribuire gli otto seggi aggiuntivi, lasciando il numero dei componenti del consiglio a settanta, come stabilito dallo statuto regionale. Nello stesso giorno i magistrati competenti dell'Ufficio elettorale presso la Corte di Appello di Roma hanno preso una decisione di segno opposto, che ha portato il numero dei seggi consiliari a settantatre anziché settanta, come invece previsto, anche in questo caso, dalle disposizioni statutarie[21]. Si comprende agevolmente come tali decisioni abbiano suscitato enorme interesse, in quanto determinanti l'ampliamento, nel Lazio, ed il restringimento, in Puglia, della base consiliare della maggioranza, pur in presenza di una legislazione elettorale pressoché identica.

Nello specifico, infatti, la legge elettorale pugliese prevede che *"… per quanto non espressamente previsto, e in quanto compatibili con la presente legge sono recepite la l.17.2.1968, n. 108 [...] e la l. 23.2.1995, n. 43"*[22].

Analogamente la legge elettorale del Lazio statuisce che *"… per quanto non espressamente previsto, sono recepite la legge 17.2.1968, n. 108 [...] e la l. 23.2.1995, n. 43"*[23].

La normativa della regione Lazio sembrerebbe maggiormente restrittiva rispetto a quella della Puglia, poiché introduce il criterio della mancata *"espressa previsione"*, ma non anche quello della *"compatibilità"* con la legge statale, come fa la legge pugliese.

Ciononostante, le differenze tra le due leggi non appaiono tali da giustificare la decisione dell'Ufficio elettorale presso Corte di Appello di Roma, che ha prodotto, di fatto, una discrasia tra la legge elettorale regionale e lo Statuto, o meglio, una divergenza tra l'interpretazione in senso ampio del recepimento della legge statale da parte della legge elettorale regionale, e lo Statuto regionale, con la conseguenza che l'attribuzione del premio di governabilità conduce ad un numero di consiglieri regionali superiore a quello previsto dallo statuto.

Appare perciò condivisibile l'opinione di chi ritiene che un'interpretazione in senso ampio del recepimento possa condurre all'illegittimità costituzionale della legge regionale per violazione della norma statutaria[24].

Al contrario, l'Ufficio elettorale della Corte di Appello di Bari, decidendo di non attribuire il premio di governabilità e, quindi, di lasciare il numero dei consiglieri a 70, riconosce la conformità allo statuto della legge elettorale, sulla base del riscontro dell'irrinunciabile coerenza tra il dettato costituzionale, la previsione statutaria e la fonte legislativa regionale, nella delicata materia elettorale.

4. I ricorsi innanzi ai Tribunali amministrativi del Lazio e della Puglia.

Entrambe le decisioni degli Uffici elettorali delle Corti di Appello di Roma e di Bari sono state impugnate dinanzi ai rispettivi TAR e la divergenza di esiti relativi alla composizione dei Consigli regionali del Lazio e della Puglia è stata, per il momento, ripristinata dal giudice amministrativo.

Il TAR del Lazio, adito dal Movimento per la Difesa del Cittadino insieme ad alcuni consiglieri appartenenti all'opposizione[25], si è

[21] Art. 19, co. 1, Statuto della Regione Lazio, approvato con l. r. 11.11.2004, n.1.

[22] Art. 1, co. 2, l. regionale 28.1.2005, n. 2, *"Norme per l'elezione del Consiglio e del Presidente della Giunta regionale"*.

[23] Art.1, co. 2, l.r. 13.1.2005, n. 2, *"Disposizioni in materia di elezione del Presidente della Regione e del Consiglio regionale e in materia di ineleggibilità e incompatibilità dei componenti delle Giunta e del Consiglio regionale*".

[24] Si veda G. TARLI BARBIERI, *I risultati delle elezioni* … cit.; inoltre sul *"recepimento"* come tecnica legislativa *"impropria"*, tra le altre, si veda C. cost.. n.196/2003; in tema si vedano ancora l'ordinanza TAR Lazio, n. 1119 e l'Ordinanza TAR Lazio, 1120, entrambe del 9 marzo 2010 - relative alla nota vicenda del d.l. 5 marzo 2010, n. 29, c.d. *"decreto legge salvaliste"* – nelle quali i giudici amministrativi hanno definito il rinvio alla legge statale, da parte della legge elettorale regionale, *"meramente materiale-recettizio"*.

[25] Ricorso n. 3873 del 2010, proposto da Esterino Montino ed altri, per l'annullamento del verbale del 30 marzo 2010-15.4.2010, dell'Ufficio Centrale Regionale presso la Corte di Appello di Roma nella parte in cui all'art. 15, dopo aver assegnato tutti i seggi previsti

pronunciato nel senso dell'annullamento dell'assegnazione dei tre seggi del consiglio regionale, aggiuntivi rispetto al numero previsto dallo statuto[26].

La tempistica del procedimento giurisdizionale amministrativo non consente al momento di conoscere nel dettaglio le motivazioni di tale decisione[27], ciononostante, allo stato, sembrerebbe ragionevole attendersi che i giudici amministrativi di Roma, escludendo i tre consiglieri *"aggiunti"*, abbiano accolto quell'interpretazione favorevole al primato della norma statutaria regionale sulla norma statale, cui la legge elettorale regionale fa rinvio.

Il TAR della Puglia, adito dagli eletti esclusi dall'attribuzione dei seggi aggiuntivi[28], anziché pronunciarsi subito nel merito, ha ritenuto di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale relativamente alla legge elettorale regionale che, per il tramite del rinvio alla normativa elettorale statale, adotta un criterio di composizione c.d. *"mobile"* del consiglio regionale, apparentemente in contrasto con il criterio di composizione rigida – dato dalla determinazione di un numero massimo di consiglieri - adottato dallo statuto.

La contestazione dei ricorrenti è, di fatti, incentrata sulla mancata assegnazione della c.d. *"quota di governabilità"* pari ad ulteriori otto seggi, che sarebbe dovuta essere assegnata ai candidati legati al presidente della giunta, in modo tale da assicurare agli stessi una maggioranza in consiglio del 60%[29].

Sul punto, il verbale dell'Ufficio elettorale competente impugnato, rileverebbe la mancanza di indicazioni certe, desumibili dalla legge elettorale regionale, della volontà di attribuire ulteriori seggi rispetto al numero dei consiglieri fissato sia dallo statuto regionale, che dalla legge regionale a questo gerarchicamente subordinata, ragion per cui l'intera normativa sarebbe da interpretare in conformità alle disposizioni statutarie, le quali non sembrerebbero prevedere deroghe riguardo la composizione dell'organo collegiale, né tanto meno rinvii a meccanismi elettorali disciplinati dalla legge statale e regionale, come diversamente si verifica per altri statuti regionali[30].

Anche i giudici amministrativi - nell'individuare gli elementi relativi alla rilevanza della questione - sembrerebbero dare per incontrovertibile l'indicazione della norma statutaria relativa alla composizione consiliare, e al contempo sostenere che, la legge elettorale regionale, nel fissare il numero massimo di settanta consiglieri, non sia altrettanto certa, poiché non consentirebbe di escludere la possibilità di assegnazione di ulteriori seggi, ai fini di una rafforzata governabilità. In altri termini, il giudice rimettente sembrerebbe affermare che la legge regionale, analogamente a quanto previsto dalla legge statale richiamata, funzionerebbe solo "… *da presupposto nell'ipotesi in cui sia necessaria l'attribuzione dei seggi aggiuntivi, in applicazione del c.d. Tatarellum*".

Ciò detto, nella tornata elettorale del 2010, si sarebbe giunti ad un risultato incompatibile con lo statuto regionale, in quanto il suindicato meccanismo elettorale – che nel caso specifico assicura alle liste collegate al Presidente della regione il 60% dei seggi nell'assemblea - avrebbe prodotto un'antinomia, non risolvibile in via meramente ermeneutica, tra i due livelli di fonti normative - statuto e legge regionale - appartenenti a due distinte sfere di competenza, così come

dallo Statuto, dalla legge regionale e dai decreti di indizione e di assegnazione di seggi emessi dal Presidente della Regione Lazio il 26.1.2010 - ovvero settanta consiglieri oltre al Presidente, cinquantasei da assegnarsi nelle circoscrizioni provinciali e quattordici a mezzo della lista regionale - attribuisce due ulteriori seggi alla lista provinciale avente il contrassegno *"Renata Polverini Presidente"*, e un ulteriore seggio alla lista provinciale de *"il Popolo delle Libertà"*.

[26] TAR Lazio, Sez. II *bis*, Dispositivo di sentenza n. 199 del 17.9.2010.

[27] Art. 89, d.lgs. 2.7.2010, n.104, *" … la sentenza deve essere redatta non oltre il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione della causa"*.

[28] Ricorso n. 673 del 2010, proposto da Cosimo Borracino ed altri, per l'annullamento del verbale dell'Ufficio Centrale Regionale presso la Corte di Appello di Bari, relativo alle operazioni per le elezioni del Consiglio regionale della Regione Puglia del 28 e 29 marzo 2010, che ha fissato nel limite di settanta il numero dei membri del Consiglio regionale.

[29] Ai sensi dell'art. 3, co.2 l. 23.2.1995, n.43.

[30] Si veda *supra* note 14, 16, 19.

stabilito dagli art. 122 e 123 della costituzione[31].

Riguardo la non manifesta infondatezza il TAR della Puglia ha posto in primo luogo l'interrogativo relativo all'idoneità della norma statutaria quale parametro di costituzionalità, ovvero se sia lo stesso art. 24 dello statuto a non rispettare gli art. 122 e 123 della Cost., nel senso di uno sconfinamento nei *"sistemi di elezione"* che invece devono - ai sensi dell'artt. 122 e 123 cost. - essere disciplinati *"con legge della regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica"*. In secondo luogo il TAR ha posto il dubbio se la scelta di una composizione rigida dell'assemblea regionale, da parte dello statuto, non debba ritenersi disarmonica rispetto alla Costituzione, tenuto anche conto della necessità del rispetto dei principi generali stabiliti dalla legge statale volti ad agevolare la formazione di maggioranze stabili nel consiglio regionale e ad assicurare la presenza delle minoranze[32].

Rispetto al primo punto il TAR sostiene che lo statuto, data la competenza attribuitagli dalla Costituzione in materia di forma di governo – quale categoria concettuale da intendersi in senso ampio e non solo come sistema dei rapporti tra gli organi di governo della regione - sarebbe competente anche relativamente alla configurazione dell'assemblea regionale e della sua composizione; se così non fosse, infatti, si andrebbe contro lo spirito innovativo della l. cost. n.1 del 1999, ispirata al criterio di massima per cui la determinazione dei caratteri di organizzazione politica della regione deve essere rimessa all'autodeterminazione di quest'ultima, essendo parte integrante della sua autonomia.

Riguardo al problema della rigidità/mobilità della composizione del consigli, il TAR per rispondere alla tesi dei ricorrenti, volta a dimostrare l'intangibilità della composizione mobile del consiglio da parte della fonte statutaria, richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale contraria ad una competenza diretta della fonte statutaria nella materia elettorale regionale[33] e, tuttavia, ribadisce la coessenzialità del sistema elettorale alla forma di governo e, in considerazione del fatto che la Costituzione affida allo statuto competenza su quest'ultima, ne fa conseguire che la fonte statutaria è competente nella materia elettorale, come peraltro dichiarato dalla stessa Corte costituzionale[34].

I giudici amministrativi sostengono, quindi, che la legge costituzionale del 1999 avrebbe operato una distinzione tra forma di governo e principi fondamentali di organizzazione e funzionamento - affidati dal novellato art. 123 cost. allo statuto - e sistema elettorale, di spettanza della legge regionale entro i principi fondamentali statali, ai sensi del riformato art. 122 cost.. Tale ripartizione logica si rivela essere di non poco conto, in quanto diretta a porre in chiaro che la fonte statutaria, a differenza della legge regionale, non incontrerebbe il limite dei *"principi fondamentali"* delle regole elettorali, ovvero il principio della *"individuazione di un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel consiglio regionale e assicuri la rappresentanza delle minoranze"*[35] che di fatto si traduce nella mobilità della composizione del Consiglio. Ad opinione del TAR, infatti, non è lo statuto che deve adeguarsi al meccanismo elettorale (in concreto al c.d. *Tatarellum*, che storicamente ha assicurato la solidità delle maggioranze regionali coagulate intorno al Presidente della Giunta) ma, al contrario, dovrebbe essere la legge elettorale regionale che, partendo dal *prius* costituito dalla scelta statutaria di composizione fissa dell'organo assembleare, dovrebbe elaborare un sistema adeguato ai principi generali della legge statale - dalla quale peraltro non emergerebbe l'esigenza di conservare precisamente il meccanismo relativo al c.d. *"premio di governabilità"* - ma sempre nel rispetto del vincolo costituito dalle scelte statutarie.

5. Conclusioni.

Considerato l'impatto, non solo politico, ma anche giuridico della questione e, in attesa

[31] Si veda TAR Puglia, I, Ord. 25.8.2010, n.197

[32] Art, 4, l.2.7.2004, n.165, *"Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione"*.

[33] C. cost. 13.1. 2004, n.2, 5.6. 2003, n.196, 6.12. 2004, n.378 e 14.6.2007, n. 188.

[34] C. cost. 14.6.2007, n.188 e 13.1.2006, n. 3.

[35] Art. 4, della l. 2.7.2004, n. 165.

delle motivazioni della sentenza del TAR Lazio, nonché della decisione della Corte costituzionale adita dal TAR Puglia, ciò che emerge allo stato della vicenda, è che le decisioni dei Tribunali amministrativi sembrerebbero tendenti a ricondurre gli esiti elettorali relativi alla composizione dei consigli regionali della Puglia e del Lazio, entro i limiti del dettato degli Statuti regionali, risistemando la normativa relativa alla materia elettorale regionale nei corretti rapporti di gerarchia, colmando al contempo quelle differenze interpretative e applicative delle norme statutarie tra le due regioni, prodotte dalle opposte decisioni degli Uffici elettorali competenti, che sono parse foriere di un processo di differenziazione dell'assetto della forma di governo regionale che - sia pure in linea di principio coerente con il generale processo autonomistico - non appare del tutto giustificato sul piano della vigente disciplina statutaria e costituzionale.

«::::::::: GA :::::::::»

GLI ORGANI DI GARANZIA STATUTARIA NEGLI STATUTI ORDINARI DI SECONDA GENERAZIONE

della Dott.ssa Anna Barra

Le consulte statutarie, come tutti gli organi di nuova creazione, hanno bisogno di tempo per consolidarsi e dare i risultati attesi. Con riferimento alla loro funzione "principale" sono molti i "nodi" già sciolti dalla giurisprudenza costituzionale, anche se gli organi di garanzia non sono ancora riusciti ad esercitare il ruolo di garanti della minoranza nel governo regionale e l'entusiasmo iniziale sembra essersi fortemente ridimensionato

1. Il nuovo ruolo dello Statuto regionale e l'organo di garanzia statutaria.

Con la l. cost. n. 1/99 lo Statuto è diventato l'atto fondamentale della comunità regionale e si è cominciato ad ipotizzare la nascita di un diritto costituzionale regionale.

Non solo è stato precisato il contenuto dello Statuto, ma con la nuova formulazione dell'art. 123 della Cost, espressamente è stato posto quale unico limite all'autonomia statutaria *"l'armonia con la Costituzione"*. E' stato, inoltre, modificato il procedimento di formazione dello Statuto con l'eliminazione dell'approvazione parlamentare, attribuendo all'atto statutario la natura di legge regionale anche dal punto di vista formale.[1]

Lo Statuto è quindi la fonte di vertice dell'ordinamento regionale.[2]

Tale affermazione condivisa dalla dottrina, anche prima della riforma del titolo V, comporta che la risoluzione di un eventuale conflitto tra fonte statutaria e legge regionale venga demandata alla Corte costituzionale (il custode naturale della rigidità dello Statuto)[3].

Il Governo poteva impugnare la legge regionale, prima della pubblicazione, in contrasto con lo Statuto (*ex* art. 127 cost. prima della modifica del titolo V) poiché tale violazione costituiva la lesione mediata dell'art. 123 cost..

Eppure il sindacato sulle leggi regionali che violavano le norme statutarie non era stato molte volte attivato poiché, innanzitutto, le regioni non avevano un'ampia autonomia e quindi il contenuto dello Statuto risultava scarno; inoltre il Governo quando impugnava la legge regionale non aveva interesse a far valere il contrasto con l'atto statutario (questioni interne alla regione) ma quasi esclusivamente il contrasto con le fonti statali (limiti esterni).[4]

Il sindacato in via incidentale, poi, in concreto era un'ipotesi ancora più remota. Infatti, lo Statuto conteneva norme di organizzazione che difficilmente si conciliavano con la struttura del giudizio in via incidentale e precisamente con la *"rilevanza"* della questione che il giudice doveva ritenere sussistente e che

[1] Su tale problematica, tra gli altri, S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 43 ss.; M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, 3 ss.; A. D'ATENA, *I nuovi statuti delle regioni ad autonomia ordinaria*, Milano, 2008, 55 ss.

[2] A. MASTROMARINO, *Potestà statutaria e forma di governo regionale: interviene la Corte,* in *Giur. Cost.* 2003, 423 ss. dove l'autore ricorda che la sentenza della Corte costituzionale n. 304/2002 aveva sottolineato che *"ragioni di coerenza sistematica inducono a negare che il valore della legge regionale –inteso nel senso convenzionale di trattamento giuridico – sia in tutto assimilabile a quello degli statuti regionali, la peculiarità dei quali si fa evidente se si considerano le diverse innovazioni che li hanno coinvolti"*.

[3] A. SPADARO, *Dal "custode della Costituzione" ai "custodi degli statuti" Il difficile cammino delle consulte statutarie regionali,* in *Le regioni*, 2006, 1059 ss; D. BALDAZZI, *Gli organi di garanzia statutaria:arbitri o vittime della politica regionale?in Le istituzioni del federalismo, n.5/2005*

[4] M. OLIVETTI, *Nuovi statuti* cit. p.443 secondo il quale l'efficacia dell'applicazione della teoria interposta sarebbe ridotta *"stante l'interesse limitato del governo ad impugnare leggi regionali per contrasto con lo statuto: sono piuttosto le minoranze consiliari ad essere interessate in tal senso, ma ad esse non è riconosciuta dalla Costituzione alcuna garanzia"*.

costituiva l'oggetto dell'ordinanza di remissione.

Con riferimento ai regolamenti regionali, poi, l'unico controllo sulla conformità di questi allo Statuto era affidato al giudice amministrativo, ovvero con l'istituto della disapplicazione al giudice ordinario.

Con la nuova formulazione dell'art. 127, il Governo può ancora impugnare le leggi regionali in contrasto con lo Statuto, anche se in via successiva, poiché le norme statutarie funzionano come norme interposte nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale.

Il sindacato in via incidentale e il sindacato dei giudici comuni è ammissibile soltanto con l'instaurazione di un contenzioso e, quindi, si configura come controllo *"ex post"*.

Inoltre la potestà regolamentare è sempre maggiormente utilizzata ed è in mano alla giunta regionale. Qualsiasi controllo *"ex ante"* è venuto meno con la scomparsa dei controlli amministrativi.

A tutto ciò si aggiunga che lo Statuto è ormai diventato atto formato e approvato all'interno della regione e atto fondamentale della comunità regionale.

Si comprende allora la necessità di prevedere ulteriori organi di garanzia e soprattutto interni alla regione.[5] Tutti i controlli precedentemente analizzati erano e sono attuati da organi esterni alla regione (Corte Cost, giudici.)

Inoltre l'ampliamento dell'oggetto dello Statuto, comporta, poi, maggiori occasioni di incidere sui diritti fondamentali. Alla luce di questa eventualità si rende necessario prevedere degli strumenti che anziché effettuare un controllo *"ex post"*, effettuino un controllo *"ex ante"* agendo all'interno del procedimento di formazione delle leggi regionali o del regolamento prevenendo eventuali lesioni di diritti fondamentali.

Ciò ha portato alla previsione delle consulte statutarie, il cui destino appare intimamente collegato ai nuovi statuti regionali.

2. La natura della Consulta statutaria e la funzione *"tipica"* di verifica della legittimità statutaria delle leggi regionali.

Le consulte statutarie non appartengono agli organi regionali c.d. necessari poiché non sono espressamente previsti dagli artt. 121 e 123 della Costituzione.[6]

Anche se la loro esistenza è irrilevante per la Costituzione, una volta previsti dall'atto statutario devono operare in termini di stretta legittimità.

Eppure sono stati considerati imprescindibili quando si è creduto di poter fare dello Statuto la carta contenente la tavola dei valori attorno ai quali la comunità della regione si sarebbe riconosciuta[7].

Infatti, solo dal 1999 ci si è interrogati sull'opportunità della creazione degli organi di garanzia statutaria[8].

E' evidente che la consulta regionale non è un organo legislativo perché anche quando interviene nell'*iter* di formazione della legge regionale, non vincola il legislatore. L'atto della consulta è strumentale rispetto alla fase costitutiva in cui il legislatore regionale determina il contenuto dell'atto. La consulta concorre a formare la scelta del legislatore, ma non lo vincola.

Infatti, il parere negativo della consulta può essere superato, con obbligo di riesame[9] (statuto Umbria), ovvero con obbligo di motivazione[10] (statuto Abruzzo) o con riapprovazione a maggioranza assoluta[11](statuti: Calabria

[5] T. GROPPI, *Quale garante per lo statuto regionale?,* in *Le regioni*, 2001, 842.

[6] L. PANZERI, *Organi non necessari e forma di governo regionale. Brevi note in riferimento ai nuovi statuti*, in *Giur. cost.2006, 4739 ss.*

[7] R. ROMBOLI, *Il sistema dei controlli sullo statuto e sulle leggi*, in G. F. Ferrari, G. Parodi, *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova, 2003, 271 ss. Successivamente la loro centralità ha subito una flessione in corrispondenza delle sentenze n. 378 e n. 379 della Corte costituzionale con le quali la Corte stessa ha affermato che con riguardo agli statuti "non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali a competenza riservata e specializzata". Sulle sentenze L. PANZERI, L*a tutela della rigidità statutaria alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale: quali prospettive per gli organi di garanzia regionali?,* in *Giur. Cost.* 2005, 813 ss.

[8] A. SPADARO, *Dal "custode..", op.cit,* dove l'autore si esprime in termini di *"sicura necessità"* delle consulte seppure non di stretta necessità sul piano giuridico.

[9] C. Cost n. 378/2004.

[10] C. Cost n. 12/2006.

[11] C.Cost n. 200/2008.

e Lazio).[12] Il Giudice costituzionale ha precisato poi che la motivazione, anche se è un atto del consiglio regionale, è comunque distinto dalla deliberazione legislativa.

La dottrina si è chiesta se sia configurabile un vizio della legge per violazione dello Statuto, qualora il consiglio adotti una legge regionale, in contrasto con il parere della consulta ed eludendo obbligo di motivazione. In particolare è stato suggerito il richiamo alla categoria dei vizi pre-procedimentali o dei vizi dei presupposti (oggettivi).

Le regioni, poi, non possono realizzare un sistema di *"giustizia"* parallelo a quello statale [13]e per il principio di unità della giurisdizione costituzionale[14] si esclude che le consulte possano essere qualificate organi giurisdizionali.

Le Regioni possono invece realizzare un tipo di garanzia, del rispetto dello Statuto da parte delle fonti regionali, *"addizionale"* e interno all'ordinamento regionale.[15]

La verifica della compatibilità allo Statuto delle fonti regionali, inoltre, sembra dover avere carattere preventivo, inserendosi nel corso dell'*iter* di formazione dell'atto.[16]

Da varie parti è stato rilevato però che la natura, giurisdizionale o amministrativa, di una determinata attività non può derivare dalle modalità attraverso cui viene esplicata (preventivamente o successivamente all'adozione dell'atto), ma deve essere collegata agli effetti delle decisioni.[17]

Le consulte statutarie offrono per lo più un'opera di alta consulenza, con l'adozione di pareri, in linea di massima preventivi rispetto all'atto cui il parere si riferisce. Non hanno potere di annullamento e non possono vincolare in modo definitivo le scelte del consiglio regionale, che deve poter sempre superare il parere negativo della consulta.

L'organo di garanzia non può essere qualificato né come soggetto politico[18] per la sua natura autonoma e indipendente, né come cooperatore del consiglio regionale (al pari di una commissione consiliare, politicamente rappresentativa).

La natura amministrativa degli organi di garanzia, espressa dalla giurisprudenza costi-

[12] Una parte della dottrina (v. per tutti A. Mastromarino, *Gli organi di garanzia statutaria nelle regioni a regime ordinario:uno sguardo d'insieme, Nomos, in corso di pubblicazione*) non ha condiviso la scelta degli Statuti di prevedere che il consiglio regionale possa approvare la deliberazione contraria al parere della consulta con maggioranza assoluta dei suoi componenti. In tal modo si afferma, si finirebbe *"per trasformare il parere negativo in una sorta di veto sospensivo che, se anche superabile, vincola la decisione incidendo sul dettato costituzionale che per l'assunzione delle leggi richiede la maggioranza semplice"*. (Tale previsione dello statuto però non è stata impugnata dal Governo).

[13] Per la competenza esclusiva dello Stato nel legiferare in materia di giurisdizione e norme processuali di cui all'art 117, c.2.,lett l) Cost.

[14] C. Cost n.38/1957 e n.6/1970.

[15] R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia statutaria e delle relative decisioni:la Corte costituzionale infrange il sogno di un'Alta corte per la regione calabrese,* in *Foro italiano, 2009, I.* ; per A. SPADARO, *Dal "custode della Costituzione"..op cit* il sistema è più complesso. Ipotizza un doppio controllo delle leggi regionali: un controllo esclusivo da parte degli organi di garanzia (nelle materie del contenuto c.d. eventuale dello Statuto) e un controllo concorrente e sussidiario da parte degli organi di garanzia (nelle materie del contenuto c.d. necessario o eventuale dello Statuto meramente ripetitivo della Costituzione) *"insieme"* alla Corte costituzionale, che mantiene la competenza esclusiva e generale sulla legittimità costituzionale di ogni atto.

[16] In particolare, R. ROMBOLI, *La natura e il ruolo degli organi di garanzia statutaria alla luce delle leggi regionali di attuazione degli statuti e della giurisprudenza costituzionale, ,* in *P. Caretti e E. Rossi (a cura di) "L'attuazione degli Statuti regionali"(in corso di pubblicazione)* rileva che l'obbligo di riapprovazione (con motivazione o a maggioranza assoluta) di un progetto di legge rende possibile considerare l'intervento della Consulta come una sorta di controllo preventivo o cautelare; qualora fosse previsto un analogo obbligo a carico del consiglio regionale nei riguardi di una legge già in vigore, la Consulta potrebbe avere soltanto una funzione meramente consultiva, non potendo imporre all'organo politico di tornare sulla legge per riapprovarla o sospenderne l'efficacia.

[17] A. RUGGERI, *Il doppio volto della Consulta statutaria calabrese* in *Le istituzioni del Federalismo* 2008; M. Carli, *Il chiarimento non c'è stato (a proposito degli organi di garanzia statutaria previsti dai nuovi statuti delle regioni ordinarie),* in *Giurisprudenza costituzionale* n. 6/2004.

[18] Gli Statuti hanno, in molti casi, salvaguardato l'esigenza che l'organo sia indipendente dal circuito politico-rappresentativo, prevedendone la nomina da parte del Consiglio regionale con votazione a maggioranza qualificata che comportano il necessario coinvolgimento dell'opposizione consiliare. Alcuni statuti,poi,rafforzano la terzietà dell'organo di garanzia prescrivendo la non rieleggibilità dei componenti, mentre altri ne evidenziano la non rieleggibilità immediata.

tuzionale, sembra essere allora l'unica strada possibile per rendere tali organi conformi alla Costituzione. In particolare sembra che le consulte possano essere qualificate come organi amministrativi regionali - simili ad un'autorità amministrativa indipendente, ma dotate di una competenza generale - con ruolo di garanzia della rigidità dello statuto.[19]

L'atto della consulta, emanato nell'esercizio della funzione di verifica della conformità allo Statuto della legge regionale, è qualificato dalla maggior parte degli statuti come parere; tale qualificazione contribuisce solo in parte a ricostruire la natura della funzione di cui sono espressione.

Potrebbe essere utile partire dall'osservazione, proposta in dottrina, secondo cui la dimensione di tali organi si snoda tra la consulenza [20]e il controllo.[21]

Rilevante è anche il momento in cui può svolgersi la verifica di compatibilità statutaria, che è rimessa in molti casi alla successiva normativa di attuazione.[22]

Le previsioni, contenute direttamente nello Statuto o dettate dalla normativa regionale di attuazione, di un termine breve per l'adozione del parere di conformità allo Statuto, consentono da un lato di prevedere l'allungamento dei tempi dell'*iter legis* regionale, e dall'altro impediscono l'eventualità di una eccessiva sospensione o paralizzazione dell'attività legislativa o di un uso ostruzionistico del ricorso a tale organo.

Conclusioni.

Non appare molto semplice ipotizzare quale ruolo svolgeranno gli organi di garanzia statutaria all'interno delle dinamiche istituzionali regionali.

È prevedibile, infatti, che gli organi di garanzia statutaria saranno chiamati a pronunciarsi sulla *"conformità allo Statuto"* delle proposte di legge poste al centro della dialettica maggioranza-opposizione. Le consulte dovranno regolare il confronto politico e assumere il ruolo di garanti dell'opposizione contro eventuali abusi della maggioranza.[23]

Eppure non sembrano fornite di strumenti adeguati per adempiere a tale funzione. Infatti, non hanno il potere di annullare le scelte legislative contrarie allo Statuto. Soltanto potranno con lo strumento del parere, puntare più sulla forza persuasiva degli argomenti che su quella coercitiva delle proprie decisioni.[24]

Si noti, inoltre, che il consiglio regionale calabrese ha approvato una legge di revisione

[19] R. ROMBOLI, *La natura amministrativa op cit.*

[20] C. Cost n.378/2004; vedi G. SEVERINI, *Cosa ha detto la Corte sullo statuto umbro*, in *Federalismi.it* n.24/2004.

[21] Per A. Spadaro , *Ancora sugli organi regionali di garanzia statutaria, fra tante luci e qualche ombra*, in *"Le Regioni", 2010 ,in corso di stampa*, è una funzione mista di garanzia, insieme di consulenza e controllo.

[22] Vi è chi sostiene come, affinché la forma di tutela di tipo preventivo non risulti eccessivamente debole, sia opportuno spostarne il momento il più avanti possibile nel corso dell'*iter legis*, per evitare che i rilievi dell'organo di garanzia siano facilmente aggirabili in sede di esame del testo in Commissione o in Aula, restando in tal modo la conformità dell'atto allo Statuto priva di qualsiasi tutela endoregionale. (A. TORRE,M. CALAMO SPECCHIA, *Lo statuto della regione puglia: non è tutto oro quel che luccica*, in *Le regioni*,2004, 8ss.). Diversamente altro orientamento, collocando il ruolo degli organi di garanzia in una dimensione squisitamente consultiva, ritiene di far arretrare il momento del loro intervento al termine dell'istruttoria normativa che si svolge in Commissione e prima della discussione in Aula, osservando come l'acquisizione del parere sia strumentale ad una più completa conoscenza dei profili di incompatibilità statutaria del testo legislativo e, in quanto tale, debba precedere l'autodeterminazione del soggetto cui compete la scelta normativa (G. SEVERINI, *Tormentate vicende della deliberazione statutaria umbra del 2004*, in *Federalismi.it*,112 ss.).

[23] Per un approfondimento v. A.Spadaro, *Ancora sugli organi di garanzia* op.cit. che li definisce "organi necessari per un'equilibrata forma di governo"

[24] R.ROMBOLI, *Art 57(Collegio di garanzia*),in P.Caretti, M.Carli, E.Rossi (a cura di) *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Torino, 2005; per C. NAPOLI, *Gli organi di garanzia statutaria nella legislazione regionale*, in *Le istituzioni del federalismo* n. 2/2008, il rapporto tra competenze attribuite ed efficacia dell'attività dell'organo di garanzia rendono difficile immaginare che nei fatti la consulta possa acquistare un ruolo determinante; invece per D.BALDAZZI, *"Le consulte di garanzia statutaria tra dispute dottrinali e concrete possibilità di azione"(commento a Corte cost n. 200 del 2008)* in *Le istituzioni del Federalismo n.* 2/2008 gli organi di garanzia potrebbero avere un ruolo significativo con riferimento a quelle funzioni prive di titolare come la risoluzione dei conflitti tra organi regionali e la valutazione della legittimità dei regolamenti. Sul ruolo delle consulte statutarie di migliorare la qualità della legislazione e della regolamentazione regionale vedi in G. SEVERINI, *Cosa ha detto la Corte*, op.cit.

dello Statuto che ha previsto, tra l'altro, l'abrogazione dell'art. 57 relativo alla consulta statutaria, anche per la necessità di contenere i costi di gestione. Inoltre le consulte previste negli altri Statuti regionali o non sono state ancora istituite, oppure se istituite non hanno ancora cominciato a funzionare. E quelle che hanno iniziato a esercitare le loro funzioni hanno prodotto un numero esiguo di pareri. Sembra, pertanto, potersi affermare che l'entusiasmo e l'interesse iniziale con cui è stata accolta la previsione degli organi di garanzia sembra essersi fortemente ridimensionato.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

- PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30.9.2010, n. 7237
Accesso - pareri legali facenti parte dell'istruttoria procedimentale - diritto - sussiste - pareri definizione strategie contenziose - esclusione.
I pareri legali che rappresentano un momento istruttorio di un procedimento amministrativo in corso sono soggetti all'accesso, al contrario di quelli che sono chiesti dall'amministrazione al fine di definire la propria strategia difensiva in un determinato contenzioso e che non sono destinati, quindi, a sfociare in una determinazione amministrativa finale, essendo caratterizzati dalla riservatezza e che, pertanto, non possono essere oggetto di diritto di accesso. Nell'ambito delle categorie di documenti inaccessibili, nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento, vi rientrano gli atti redatti dai legali e dai professionisti in relazione a specifici rapporti di consulenza con l'Amministrazione, trattandosi di un segreto che gode di una tutela qualificata. In particolare, la disposizione riferita alle "categorie di documenti inaccessibili nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento", dispone che "ai sensi dell'art. 24, co. 1, l. n. 241 del 1990 in virtù del segreto professionale già previsto dall'ordinamento, al fine di salvaguardare la riservatezza nei rapporti tra difensore e difeso, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti: a) pareri resi in relazione a lite in potenza o in atto e la inerente corrispondenza; b) atti defensionali; c) corrispondenza inerente agli affari di cui ai punti a) e b)".
La giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato che tale regola ha una portata generale, codificando il principio, valevole per tutti gli avvocati, siano essi del libero foro o appartenenti ad uffici legali di enti pubblici, secondo cui, essendo il segreto professionale specificamente tutelato dall'ordinamento, sono sottratti all'accesso gli scritti defensionali, rispondendo il principio in parola ad elementari considerazioni di salvaguardia della strategia processuale della parte, che non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto e, tanto meno, al proprio contraddittore, attuale o potenziale, gli argomenti in base ai quali intende confutare le pretese avversarie ed ha, altresì, specificato, che, se il ricorrere dell'amministrazione alla consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale – nel senso che il parere è richiesto al professionista con l'espressa indicazione della sua funzione endoprocedimentale ed è poi richiamato nella motivazione dell'atto finale – la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetta all'accesso, perché oggettivamente correlata ad un procedimento amministrativo. Diversamente, quando la consulenza si manifesta dopo l'avvio di un procedimento contenzioso oppure dopo l'inizio di attività precontenziose e l'amministrazione si rivolge ad un professionista di fiducia, al fine di delineare la propria strategia difensiva, il parere del legale, invece, non è affatto destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico–giuridici utili per tutelare i propri interessi; in tal caso le consulenze legali restano caratterizzate dalla riservatezza, che mira a tutelare non soltanto l'opera intellettuale del legale, ma anche la stessa posizione dell'amministrazione, la quale, esercitando il proprio diritto di difesa, protetto costituzionalmente, deve poter fruire di una tutela non inferiore a quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento *(Red. Valeria Coppola)*.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.9.2010, n. 7123
Procedimento amministrativo - partecipazione - assenza comunicazione di avvio - validità del provvedimento - esimenti - raggiungimento della finalità partecipativa - impossibilità di incidere sul contenuto del

procedimento.

Le norme in materia di procedimento amministrativo di cui agli artt. 7, 8, 10 l. n. 241 del 1990 non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente, sicché il raggiungimento della finalità partecipativa o l'impossibilità di incidere – con partecipazione – sul contenuto del procedimento sono da considerarsi esimenti sufficienti ai fini della validità di un provvedimento adottato senza la pedissequa osservanza delle norme citate, o anche in totale assenza della comunicazione di avvio del procedimento.

La fattispecie in epigrafe trae origine da un decreto emanato dalla Sovraintendenza ai beni architettonici di Napoli, con cui veniva annullata l'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione comunale ad un cittadino, per la copertura dei cassoni di raccolta dell'acqua, posti nel giardino della sua abitazione, anche al fine dell'allocazione di pannelli solari per la produzione di energia elettrica. Tale decreto veniva impugnato dal cittadino innanzi al TAR Campania, il quale con sentenza n. 12895 del 17.10.2003 accoglieva il ricorso. Il Giudice di prime cure aveva infatti ritenuto fondato il motivo di ricorso con cui era stata dedotta la violazione dell'art. 7 l. n. 241 del 1990 per omessa comunicazione di avvio del procedimento di annullamento dell'autorizzazione rilasciata dall'ente locale. Ebbene, il ministero per i beni e le attività culturali ha appellato la citata sentenza, chiedendone l'annullamento.

Con la sentenza in commento, il CdS, rilevato che con una nota ministeriale, contestualmente alla trasmissione degli atti alla Sovraintendenza, il cittadino era stato messo a conoscenza dell'avvio del procedimento, ha ritenuto raggiunto lo scopo della norma di cui invece in primo grado era stata dedotta la violazione. In tal modo, i Giudici di Palazzo Spada hanno mostrato di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale, in base al quale le norme in materia di procedimento amministrativo e, dunque, anche il predetto art. 7, non devono essere oggetto di un'applicazione meccanica e formalistica, dovendosi escludere la sussistenza di qualsiasi vizio, nei casi in cui, lo scopo della partecipazione del privato al procedimento sia stato comunque raggiunto, manchi l'utilità della comunicazione dell'azione amministrativa o vi sia un atto equipollente alla formale comunicazione; per le stesse ragioni, secondo i Giudici del Consiglio di Stato, nel caso di specie, non era richiesta neanche la comunicazione di avvio del procedimento in favore del comune.

Pertanto, accogliendo l'appello proposto dall'amministrazione, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza del TAR Campania (*Red. Fabiana Misino).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 17.9.2010, n. 6963

Accesso - consiglieri comunali - diritto incondizionato - atti utili all'espletamento mandato - gli è garantito.

Accesso - consiglieri comunali - art. 43 d. lgs. n. 167 del 2000 - art. 22 l. n. 241 del 1990 - differenze - diritto di accesso dei consiglieri comunali - funzionale all'esercizio del mandato - motivazione della richiesta di ostensione - non sono tenuti.

Accesso - consiglieri comunali - art. 43 d. lgs. n. 167 del 2000 - notizie ed informazioni *"utili"* all'espletamento del mandato - non costituisce limitazione al diritto di accesso.

Accesso - consiglieri comunali - art. 43 d. lgs. n. 167 del 2000 - notizie ed informazioni *"utili"* all'espletamento del loro mandato – natura riservata - non comporta alcuna limitazione - fattispecie.

Accesso - consiglieri comunali - minor aggravio ufficio - richiesta non generica o emulativa - limiti - devono essere vagliati in concreto.

Accesso - consiglieri comunali - numerose richieste - non costituiscono un limite - contemperamento con le esigenze degli uffici - occorre.

I consiglieri comunali hanno un non condizionato diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere di utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare - con piena cognizione - la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale.

Il diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali ha una ratio diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto alla generali-

tà dei cittadini ovvero a chiunque sia portatore di un interesse diretto, concreto e attuale, in quanto, mentre in linea generale il diritto di accesso è finalizzato a permettere ai singoli soggetti di conoscere atti e documenti per la tutela delle proprie posizioni soggettive eventualmente lese, quello riconosciuto ai consiglieri comunali è strettamente funzionale all'esercizio del proprio mandato, alla verifica e al controllo del comportamento degli organi istituzionali decisionali dell'ente locale[1] *ai fini della tutela degli interessi pubblici; pertanto, il consigliere comunale non è obbligato a motivare le proprie richieste di accesso, non potendosi introdurrebbe una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio del mandato del consigliere stesso.*

Il materia di diritto di accesso ai documenti riconosciuto ai consiglieri comunali, dal termine "utili", contenuto nell'art. 43 del d. lgs. n. 267 del 2000, non può conseguire alcuna limitazione al diritto di accesso degli stessi, garantendo detto aggettivo in realtà l'estensione del suindicato diritto a qualsiasi atto ravvisato utile per l'esercizio del loro mandato[2].

Il materia di accesso ai documenti amministrativi, il diritto del consigliere comunale ad ottenere dall'ente tutte le informazioni utili all'espletamento del proprio mandato non incontra alcuna limitazione derivante dalla loro eventuale natura riservata, essendo il consigliere vincolato al segreto d'ufficio[3].

Gli unici limiti all'esercizio del diritto di accesso dei consiglieri comunali possono rinvenirsi, per un verso, nel fatto che esso deve avvenire in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici comunali (attraverso modalità che ragionevolmente sono fissate nel regolamento dell'ente) e, per altro verso, che esso non deve sostanziarsi in richieste assolutamente generiche ovvero meramente emulative, fermo restando tuttavia che la sussistenza di tali caratteri deve essere attentamente e approfonditamente vagliata in concreto al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazione al diritto stesso.

Il materia di diritto di accesso ai documenti, l'elevato numero di richieste di ostensione avanzate dai consiglieri comunali non può costituire un legittimo limite o un impedimento all'esercizio di tale diritto, fermo restando soltanto la necessità di contemperare nel modo più ragionevole e adeguato possibile le suddette istanze, finalizzate all'espletamento del loro mandato, con le esigenze di funzionamento degli uffici.

Il diritto di accesso di cui il consigliere comunale e provinciale è titolare oltre che dalla l. n. 241 del 1990 è assicurato e rinforzato dalla norma speciale di cui all'art. 43 co. 2 d. lgs. n. 267 del 2000 che testualmente recita "*I consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato*".

La peculiare caratteristica del diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali è, quindi, di più ampia estensione rispetto a quello previsto dalla legge sulla trasparenza amministrativa, e ne fa proprio uno strumento di controllo e verifica dell'operato dell'amministrazione, non per finalità personali, bensì a tutela dell'interesse pubblico al corretto, efficiente ed efficace funzionamento delle istituzioni locali.

La norma del TUEL accorda, in sostanza, al consigliere comunale e provinciale un diritto pieno e incondizionato, atteso che la speciale normativa, che disciplina il diritto di accesso dei consiglieri comunali, non prevede alcun limite nemmeno a tutela di esigenze di riservatezza, fermo restando, tuttavia, il dovere per i consiglieri medesimi di mantenere il segreto *"nei casi specificamente determinati dalla legge"* (*Red. Valeria Coppola*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.9.2010, n. 6522

Procedimento - natura giuridica - atto meramente confermativo - nozione - identità determinazione.

In tema di provvedimenti della PA, rientra tra le caratteristiche proprie di un atto meramente confermativo la mancata presenza di estensioni o la mancanza di elementi di "innovatività"; pertanto, essendo tale atto privo di arricchimenti, non può considerarsi alla stregua di una nuova ed autonoma determinazione – che estende o innova il suo precedente, procedendo

[1] Cfr. CdS, IV, 21 agosto 2006, n. 4855.
[2] Cfr. CdS, V, 20 ottobre 2005, n. 5879.
[3] Cfr. CdS, Sez. V, 4.5.2004, n. 2716.

ad una nuova valutazione della fattispecie, anche per la sola verifica dei fatti o con un nuovo apprezzamento di essi – bensì solo come una mera manifestazione della decisione dell'amministrazione di non ritornare sulle scelte già effettuate.

Nella fattispecie in commento, il CdS è stato chiamato a pronunciarsi sulla impugnativa di una sentenza del TAR Lombardia che accoglieva il ricorso di una società avverso la delibera della Giunta Regionale della Lombardia n. VIII/2839 del 27.6.2006. Infatti, la predetta società contestava la violazione della dir. 98/34/CE che stabilisce l'obbligo di preventiva notifica di una "*regola tecnica*" alla CE, adempimento la cui mancanza determina l'illegittimità delle delibere.

A tal proposito il TAR Lombardia aveva ritenuto legittimo tale ricorso, annullando la suddetta delibera e anche gli atti ad essa presupposti. La Regione Lombardia ricorreva al Consiglio di Stato adducendo la legittimità della delibera impugnata.

Il Consiglio di Stato, discostandosi dal *dictum* del Tribunale di prime cure, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla società, rilevando l'insussistenza dei motivi di gravame addotti. In particolare, la delibera della Giunta Regionale non configurandosi *"regola tecnica"* alla stregua dei suesposti principi non è soggetta agli obblighi di cui alla dir.98/34/CE. Inoltre, il CdS, a dispetto di quanto asserito dalla regione Lombardia nella motivazione del proprio ricorso, aggiunge che la delibera in contestazione non costituisce *"atto meramente confermativo"*, piuttosto determinazione che innova, estendendo alcuni dei tecnicismi della delibera stessa.

Nella fattispecie in esame la delibera di Giunta regionale n. VIII/2839 del 27.6.2006 non può essere considerata atto meramente confermativo della precedente deliberazione n. VII/17533 del 17.5.2004 (già impugnata e ritenuta legittima dallo stesso TAR Lombardia, con sentenza n. 2164 del 2006, non appellata), mancandone innanzitutto il presupposto fondamentale e cioè la identità di determinazione. La delibera del 2006 innova, dunque, la precedente determinazione, estendendo la misura della limitazione (*Red. Elisa Scozzo).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 4.8.2010, n. 5226

Accesso - requisiti - motivazione - specificazione estremi documento - interesse connesso alla richiesta - deve essere provato.

L'istanza con la quale si esercita il diritto di accesso ai documenti amministrativi deve essere motivata ed il richiedente deve indicare gli estremi del documento oggetto di ostensione, ovvero, gli elementi che ne consentano l'individuazione, e comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta stessa; pertanto, la domanda di accesso non può essere palesemente sproporzionata rispetto all'effettivo interesse conoscitivo del soggetto, che deve specificare il puntuale riferimento che lega il documento richiesto alla propria posizione soggettiva, ritenuta meritevole di tutela.

Ai sensi del capo V della l. n. 241 del 1990, il diritto (*rectius*: interesse legittimo) di accesso ai documenti amministrativi è consentito ai soggetti privati che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale sia chiesto l'accesso. Nella specie, la richiesta di accesso non conteneva alcuno degli elementi sopra indicati, avendo l'attuale appellante tentato di usare l'istituto in commento forse per non pagare quanto dovuto, dal momento che, quanto agli atti richiesti, avrebbe dovuto richiedere il registro al gestore degli impianti e la deliberazione di determinazione del canone alla Segreteria comunale, mentre, quanto alla domanda di conoscere i contributi corrisposti dagli altri utenti, effettivamente nessun interesse specifico e concreto sussisteva, in capo al ricorrente, a prenderne visione (*Red. Valeria Coppola*).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 30.7.2010 n. 5062

Accesso procedura ad evidenza pubblica - disciplina *ex* l. n. 241 del 1990 - rapporti con codice contratti pubblici - complementarità.

Accesso procedura ad evidenza pubblica - terzi interessati - diniego - tutela di informazioni tecniche e commerciali segrete - illegittima estensione a documenti non coperti da segreto.

Il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non va posto in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di

complementarietà, nel senso che le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della l. n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvengono disposizioni derogatorie (e quindi dotate di una specialità ancor più elevata in ragione della materia) nel codice dei contratti pubblici, le quali trovano la propria ratio nel particolare regime giuridico di tale settore dell'ordinamento.

In tema di accesso ai documenti, il carattere segreto delle informazioni tecniche e commerciali, che peraltro deve risultare da motivata dichiarazione dell'offerente prodotta in sede di presentazione della offerta, non può far velo alla esibizione della restante documentazione (cioè di quella non coinvolta da tali profili di meritevole segretazione) nei confronti dei terzi interessati.

La questione controversa all'esame del Consiglio di Stato nasce dall'impugnazione di una sentenza con cui il TAR Piemonte aveva respinto il ricorso proposto da una società avverso il diniego parziale di accesso agli atti di una procedura ad evidenza pubblica, diniego fondato sull'estraneità dell'istante alle procedure di gara e sul carattere asseritamente riservato dei documenti riferiti alla richiesta, contenenti informazioni di carattere tecnico e commerciale relative ai partecipanti alla gara. Il TAR, dunque, negava la legittimazione all'accesso della società istante sulla base della speciale disciplina normativa prevista dall'art. 13 co. 6 del d.lgs. n. 163 del 2006. Il CdS, discostandosi dal *dictum* dei giudici di *prime cure*, ritiene che gli stessi abbiano erroneamente disapplicato il principio generale in materia di accesso previsto dall'art. 24 u.c. della l. n. 241 del 1990, a causa dell'errata attribuzione al disposto del citato art. 13, co. 6, di una portata espansiva ad esso in realtà estranea. Nella sentenza in esame viene affermato con fermezza che leggere tale articolo come previsione avente portata precettiva autonoma, anziché come disposizione strettamente correlata alla esclusione dall'accesso dei soli documenti di cui alle lettere a) e b) del precedente co. 5, costituisce un errore metodologico, il quale conduce, da un lato, ad una ingiustificata limitazione della legittimazione all'accesso ai soli soggetti partecipanti alla procedura di affidamento del contratto e, dall'altro, ad una illegittima estensione del regime restrittivo a tutti i documenti di gara e non solo a quelli rivelatori di segreti tecnici e/o commerciali. Nel caso concreto il CdS ritiene, *in primis*, che non possa essere opposto al soggetto terzo il diniego all'accesso sulla base del preteso carattere segreto delle informazioni potenzialmente contenute in alcuni documenti richiesti, dato che dette informazioni possono essere agevolmente stralciate dalla documentazione da esibire. In secondo luogo, viene riconosciuta la legittimazione all'accesso agli atti di gara in capo alla società appellante, stante l'esistenza, in favore della stessa, di un contratto preliminare di compravendita dell'area destinataria dei lavori oggetto della gara di affidamento: in tal caso, risulta integrato il presupposto legittimante previsto dall'art. 22 della l. n. 241 del 1990 (inerente l'interesse diretto, concreto ed attuale). Tale disciplina legislativa è indubitabilmente applicabile nel caso in esame dal momento che coinvolge anche i soggetti privati, sia pur limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario *(Red. Ilaria De Nicola).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.7.2010, n. 4482

Procedimento - obbligo di attivare procedimento autotutela - non sussiste.

Non sussiste nessun obbligo per la PA di rispondere al privato in presenza di una situazione cristallizzata da provvedimenti inoppugnati; allo stesso modo deve escludersi l'obbligo di concludere, con un provvedimento espresso, il procedimento eventualmente attivato in autotutela (fattispecie relativa ad un permesso di costruire).

Consiglio di Stato, VI , 15.7.2010, n. 4575

L. 15/2005 - conferenza di servizi - struttura dicotomica.

1. A seguito della riforma operata dalla l. n. 15 del 2005, deve ritenersi che il procedimento nel quale è prevista una conferenza di servizi abbia una struttura dicotomica (dovendosi distinguere tra la determinazione conclusiva della conferenza, anche se di tipo decisorio, ed il successivo provvedimento finale); nell'ambito di tale struttura, anche nel caso di conferenza di servizi decisoria, il provvedimento finale non rappresenta soltanto una sorta di momento mera-

mente riepilogativo (e dichiarativo) delle determinazioni assunte in sede di conferenza, ma un vero e proprio momento costitutivo delle determinazioni conclusive del procedimento. Deve pertanto ritenersi che il termine per l'impugnazione decorra - anche nel caso di conferenza di servizi decisoria - non già dalla data di riunione della conferenza, ma da quella di adozione del provvedimento finale.

Ai sensi dell'art. 87, co. 6. del d. lgs. 1.8.2003, n. 259, possono partecipare con diritto di voto alla conferenza di servizi prevista per le infrastrutture di comunicazione elettronica solo gli enti locali e l'Agenzia per la protezione ambientale competente ai sensi dell'art. 14 della l. n. 22.2.2001, n. 36; il diritto di voto delle Amministrazioni "interessate", come i ministeri è da prevedersi in quanto debbano rendere "intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati" (art. 14, co. 2, della l. n. 241 del 1990), cioè manifestazioni di volontà previste dalla normativa ai fini del procedimento, e quindi, con specifico riguardo al Ministero per i beni e le attività culturali, se l'area interessata è oggetto di vincolo paesaggistico. Quanto ai privati, deve essere assicurata la partecipazione, senza diritto di voto, del soggetto proponente il progetto, ai sensi del co. 2-bis dell'art. 14-ter della stessa l. n. 241 del 1990 (introdotto dall'art. 9 della l. n. 69 del 2009), restando possibile la partecipazione, nella forma dell'audizione ed a fini istruttori, di privati portatori di interessi che siano riconosciuti rilevanti nella valutazione del responsabile del procedimento.

3. Poiché l'art. 14-ter, co. 6, della l. n. 241 del 1990, dispone 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", in una conferenza di servizi la regione deve essere considerata come una unica amministrazione, non riscontrandosi una soggettività giuridica distinta per ciascuna delle sue strutture organizzative; la sua posizione nella conferenza deve essere perciò espressa da un unico rappresentante, quale risultato di sintesi della preliminare ponderazione interna dei vari profili di interesse coinvolti (alla stregua del principio è stata ritenuta illegittima la partecipazione alla conferenza di servizi della regione attraverso ben sette articolazioni, mentre avrebbe dovuto esprimere un solo parere).

Consiglio di Stato, V, 25.6.10, n. 4068.

Accesso - disciplina *ex* l. n. 241 del 1990 - differenze tra ordinanze decisorie e ordinanze istruttorie - rapporti.

Accesso - ambito - documenti già esistenti - limiti.

Con riferimento alle ordinanze che decidono i ricorsi in materia di accesso in corso di causa ex art. 25, co. 5, l. n. 241/90, va operata una distinzione tra ordinanze che si pronunciano sul ricorso accogliendolo o respingendolo in relazione ai presupposti inerenti all'accesso in quanto tale, e ordinanze che respingono il ricorso perché ritengono i documenti richiesti non utili ai fini del giudizio in corso. Nel primo caso l'ordinanza ha natura decisoria ed è appellabile sia nel caso in cui il giudice escluda l'accessibilità sulla base della ritenuta carenza dei presupposti previsti dalla disciplina dell'accesso, sia nel caso in cui il giudice accolga la domanda di accesso ritenute sussistenti le condizioni legittimanti l'ostensione senza passare al vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso. Nel secondo caso l'ordinanza ha natura meramente istruttoria e non è appellabile autonomamente.

Il diritto d'accesso riguarda esclusivamente documenti già esistenti e detenuti dall'Amministrazione, così che esso non può essere invocato allorché lo stesso interessato non chieda l'esibizione di documenti di cui sia certa l'esistenza, ma intenda provare l'esistenza di documenti che egli afferma essere stati a suo tempo formati. Infatti, ammettendo una richiesta di esibizione di documenti non corredata dalla prova o quantomeno di indizi circa l'esistenza delle notizie riferibili all'interesse di cui l'istante è titolare, essa si trasformerebbe in un inammissibile strumento di controllo sull'attività amministrativa.

Nell'ipotesi in cui, in sede di ricorso avverso il diniego di accesso ad atti amministrativi, il ricorrente fornisca argomenti e indizi circa l'esistenza degli atti a cui chiede l'accesso e l'Amministrazione non fornisca la prova a sostegno del proprio assunto dell'inesistenza dei docu-

menti richiesti, correttamente il giudice amministrativo ordina l'accesso, residuando un problema di esecuzione del giudicato, se del caso mediante commissario ad acta, relativamente alla ricerca materiale dei documenti, fermo restando che il giudicato che ordina l'accesso sarà evidentemente eseguibile nei limiti in cui i documenti esistono. In tal modo si bilanciano le limitate possibilità di conoscenza dei fatti da parte del privato con i poteri istruttori concessi al giudice amministrativo.

TAR Campania, Na, Sez. V, 18.10.2010, n. 19881

Comuni e province - ordinanza contingibile e urgente - comunicazione avvio procedimento - omissione - urgenza qualificata - esigenza di celerità - esplicitata nella motivazione - deve essere.

Comuni e province - ordinanza contingibile e urgente - obbligo comunicazione avvio procedimento - compatibile con il procedimento in corso - requisiti.

Comuni e province - ordinanza contingibile e urgente - comunicazione avvio procedimento - obbligo di istruttoria in contraddittorio - violazione - PA che resiste in giudizio - art. 21 *octies*, co. 2 l. n. 241 del 1990 - non lo può invocare.

Il ricorso allo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente giustifica l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento unicamente in presenza di un'urgenza qualificata, in relazione alle circostanze del caso concreto, che deve essere debitamente esplicitata in specifica motivazione, attesa la necessità e l'urgenza di prevenire il grave pericolo alla cittadinanza, sussistendo un rapporto di conflittualità e di logica sovraordinazione tra l'esigenza di tutela immediata della pubblica incolumità e quella del privato di avere conoscenza dell'avvio del procedimento; pertanto, il principio partecipativo alla base della comunicazione di avvio del procedimento ha carattere generalizzato ed impone, alla luce delle regole fissate dall'art. 7 l. n. 241 del 1990, che l'invio di essa abbia luogo in tutte quelle situazioni nelle quali la possibilità di coinvolgere il privato non sia esclusa da esigenze di celerità che caratterizzano la fattispecie e che non possono ritenersi astrattamente implicate dalla natura contingibile ed urgente dell'ordinanza, ma devono essere puntualmente esplicitate nel provvedimento in concreto adottato[4].

In materia di ordinanze contingibili ed urgenti, l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo persiste allorché l'invio della stessa risulti in concreto compatibile con il procedimento alla base del provvedimento, in considerazione dell'articolazione del procedimento stesso in più fasi o del passaggio di un certo lasso di tempo dell'attività sfociata nell'adozione dell'atto[5].

Nel caso in cui l'ordinanza contingibile ed urgente sia stata adottata in violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento – senza, quindi, che i soggetti preposti al controllo abbiano compiuto gli accertamenti tecnici necessari in contraddittorio con le parti interessate – la PA che resiste in giudizio non può addurre che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato, non potendo nella specie farsi luogo all'applicazione della previsione di cui all'art. 21 octies, co. 2, della l. n. 241 del 1990, stante la necessità della predetta comunicazione e di una istruttoria adeguata svolta in contraddittorio fra le parti.

Nella sentenza in narrativa l'ordinanza contingibile ed urgente – con la quale era stata ordinata la rimozione dei rifiuti rinvenuti su di un fondo condotto in locazione da una società - non è stata adottata per fronteggiare eventi imprevedibili, improvvisi ed eccezionali - elementi questi imprescindibili per l'emanazione di detti provvedimenti - avendo l'ente locale atteso ben due mesi dalle risultanze degli accertamenti compiuti dalla Polizia Provinciale, per la notifica della stessa. Inoltre nel provvedimento impugnato non venivano neppure esplicitati i motivi di urgenza che avevano reso impossibile la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo; pertanto, nella specie, non sussisteva alcuna ragione concreta per adottare l'ordinanza *de qua* in assoluta carenza di contraddittorio e senza la partecipazione del diretto interessato.

Il giudice amministrativo, alla luce dei suespo-

[4] Cfr.: TAR Campania, V, 3.2.2005, n. 764; TAR Marche, 25.1.2002, n. 97; TAR Toscana, II, 14.2.2000, n. 168.

[5] Cfr: TAR Calabria, Cz, I, 27.4.2005, n. 692.

sti principi, ha ritenuto fondato il ricorso proposto dalla società, a cagione del mancato, preventivo coinvolgimento del Consorzio interessato nel procedimento amministrativo che lo riguardava, privandolo, in tal modo, delle garanzie del giusto procedimento e del preventivo diritto di difesa garantito dalla legge sulla trasparenza amministrativa (*Red. Valeria Coppola*).

TAR Puglia, Sez. II, 15.10.2010, n. 2086

Procedimento - istanza di riesame - atto meramente confermativo - conferma impropria - presupposti.

Istanza di riesame - conferma in senso proprio - elementi - atto meramente confermativo - differenze.

In materia di procedimento amministrativo si può avere un atto meramente confermativo (la c.d. conferma impropria), quando l'amministrazione, di fronte ad un'istanza di riesame, si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione, per cui l'atto meramente confermativo non riapre i termini per impugnare e non rappresenta un'autonoma determinazione dell'amministrazione, sia pure identica nel contenuto alla precedente, ma solo la manifestazione della decisione dell'ente di non ritornare sulle scelte già effettuate.

In materia di procedimento amministrativo, quando la PA entra nel merito di una nuova istanza di riesame, riconsiderando i fatti e i motivi prospettati dal richiedente ed esprimendosi in senso negativo[6]*, si ha un provvedimento di conferma in senso proprio; pertanto, tale provvedimento si differenzia dall'atto meramente confermativo – che rappresenta, invece, la manifestazione della decisione dell'ente di non ritornare sulle scelte già effettuate – sia perché viene disposta una nuova istruttoria sia perché, in seguito ad essa, viene adottato un provvedimento di conferma, che assorbe e sostituisce quello confermato*[7]*.*

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda un atto meramente confermativo adottato dal dirigente del settore urbanistica e territorio di un ente locale, con il quale veniva riconfermato il parere negativo, già espresso in precedenza, in relazione alla domanda di permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 presentata dal ricorrente, ai fini della regolarizzazione della ricostruzione di una volta in un locale, adiacente a quello di proprietà della stessa, di cui è controversa la proprietà.

Avverso tale provvedimento il proprietario di tale locale proponeva ricorso, lamentando la violazione degli artt. 3 e 10 *bis* della l. n. 241 del 1990 e dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, l'eccesso di potere per perplessità, la carenza di motivazione, i falsi ed erronei presupposti di fatto e di diritto nonché la carenza di istruttoria.

Il TAR Puglia, con la sentenza in commento, ha qualificato l'atto impugnato, in parte, confermativo del precedente parere, non gravato nei termini ed espresso in riferimento all'abuso compiuto sull'immobile, sottostante al suo alloggio e di proprietà controversa, ed, in parte, meramente interlocutorio, quanto all'abuso relativo alle difformità realizzate per le quali, nello specifico, l'ufficio tecnico comunale richiede solo una integrazione documentale, senza pronunciarsi in merito. Il giudice amministrativo, quindi, per ciò che riguarda il contenuto dell'atto meramente confermativo e ricognitivo del precedente parere, ha rilevato la carenza di interesse attuale del ricorrente, essendosi il primo provvedimento consolidatosi per difetto di impugnativa entro i termini di decadenza; per quanto concerne, invece, la richiesta di integrazione documentale espressa con riferimento alle opere eseguite in difformità della concessione edilizia rilasciata, la medesima, in quanto priva di qualsiasi contenuto decisorio di carattere definitivo e, dunque, di natura provvedimentale è sprovvista del requisito di lesività per la situazione giuridica della parte interessata che non ne è incisa, sicché non è impugnabile (*Red. Maria Giovanna Sbrolla*).

TAR Lazio, Lt, Sez. I., 6.10.2010, n. 1653

Accesso - inaccessibiltà per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero ai fini di prevenzione e repressione della criminalità - art. 3, lett. a) d.m. 415 del 1994 - salvaguardia dell'ordine pubblico e di repressione della criminalità - art. 24, co. 6, l. 241 del 1990 - esigenze specifiche e concrete - verifica della

[6] Cfr. TAR Calabria Cz, I, 1.1. 2010, n. 396; TAR Lombardia, Mi, III, 11.5.2010, n. 1453.
[7] Cfr. TAR Liguria, Ge, II, 12.72010, n. 5673.

sussistenza in concreto - è necessaria.

L'art. 3, co. 1, lett. a) d.m. n. 415 del 1994, il quale dispone che sono sottratti ad accesso "le relazioni di servizio ed altri atti o documenti presupposti per l'adozione degli atti o provvedimenti dell'autorità nazionale o e delle altre autorità di pubblica sicurezza, nonché degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza, ovvero inerenti all'attività di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica o di prevenzione e repressione della criminalità, salvo che si tratti di documentazione che, per disposizione di legge o di regolamento, debba essere unita a provvedimenti o atti soggetti a pubblicità", se interpretato in senso letterale potrebbe frustrare le finalità di cui alla l. n. 241 del 1990; pertanto, soprattutto qualora i documenti in relazione ai quali è richiesto l'accesso siano stati già utilizzati per l'adozione di provvedimenti amministrativi incidenti sulle libertà individuali, la sottrazione all'accesso deve essere giustificata di volta in volta in relazione a specifiche e concrete esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico e di repressione della criminalità e specificamente in ordine alla tutela di "strutture, mezzi, dotazioni, personale e azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini" come previsto dall'art. 24, co. 6, lett. c) l. n. 241 del 1990.

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda la domanda di un Assistente Capo della Polizia di Stato, volta ad ottenere la declaratoria del diritto all'esibizione della documentazione di cui all'art. 3, co. 1, lett. a) d.m. n. 415 del 1994, oggetto della richiesta di accesso cui sono seguiti accertamenti sanitari e la temporanea inidoneità al servizio del ricorrente, al fine di poterne estrarre copia.

Il d.m. n. 415 del 1994, come modificato dal d.m. n. 508 del 1997, ha individuato le categorie dei documenti rientranti nella disponibilità del Ministero dell'Interno e degli organi periferici dipendenti ed inaccessibili per motivi attinenti alla sicurezza, alla difesa nazionale ed alle relazioni internazionali (art. 2), per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero ai fini di prevenzione e repressione della criminalità (art. 3), e per motivi di riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese (art. 4).

In particolare, nelle ipotesi di documenti dell'amministrazione dell'Interno inaccessibili per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero ai fini di repressione della criminalità, cioè quelli di cui all'art. 3, co. 1, lett. a) d.m. cit., il TAR Lazio, con la sentenza in commento, ha affermato la necessità che tale inaccessibilità sia giustificata di volta in volta dalla sussistenza di esigenze specifiche e concrete di salvaguardia dell'ordine pubblico e di repressione della criminalità, come disposto dall'art. 24, co. 6, l. n. 241 del 1990, specie nelle ipotesi in cui, come nella fattispecie in esame, tali documenti siano stati precedentemente utilizzati per l'adozione di provvedimenti amministrativi incidenti sulle libertà individuali.

Qualora la predetta disposizione venisse interpretata in senso letterale potrebbe dubitarsi della sua legittimità in quanto si determinerebbe una sottrazione sostanzialmente generalizzata all'accesso di quasi tutti i documenti formati dall'Amministrazione dell'Interno pervenendo alla frustrazione delle finalità della l. n. 241 del 1990; pertanto, il TAR Lazio ha accolto il ricorso proposto rilevando, nel caso *de quo*, l'insussistenza delle predette esigenze *(Red. Carolina Morici).*

TAR Sardegna, Sez. I, 28.9.2010, n. 2274

Accesso - presupposto - esistenza del documento - incertezza o eventualità - azione di accesso agli atti amministrativi o giudiziali - inammissibilità.

L'accesso agli atti della PA è ammissibile quando il documento richiesto sia stato formato e quindi sia venuto ad esistenza; al contrario, nel caso in cui l'esistenza del documento sia incerta[8] oppure solo eventuale o ancora di là da venire[9], l'azione di accesso agli atti non può essere ritenuta ammissibile - né in sede amministrativa né in sede giudiziale - in quanto viene a mancare l'oggetto della richiesta da parte dell'interessato così come tutelata dal legislatore.

Alla stregua dei suesposti principi, il TAR Sar-

[8] Cfr. CdS, Sez. VI, 30.9.1998 n. 1346.
[9] Cfr. CdS, Sez. IV, 15.9.2000 n. 6694.

degna ha rigettato il ricorso proposto da un cittadino di un comune – nella specie destinatario di una cartella esattoriale emessa per ruoli TARSU del comune stesso – avverso il provvedimento con il quale l'amministrazione aveva negato l'accesso agli atti amministrativi. Il ricorrente aveva dedotto la violazione delle norme sul diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui alla l. n. 241 del 1990. Il Giudice amministrativo ha dichiarato ammissibile il ricorso, posto che al momento della sua proposizione sussisteva sia il presupposto costituito dal diniego espresso dell'accesso sia quello di "*un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata*". Le stesse considerazioni, invece, hanno condotto il Giudice amministrativo a dichiarare infondato il ricorso, per quanto concerne le domande di accertamento del diritto di accesso e di condanna all'esibizione degli atti che, nel caso di specie, risultavano inesistenti, non avendo il ricorrente indicato con precisione i documenti o gli atti in ordine ai quali chiedeva l'accesso e non risultando formato alcun ulteriore documento accessibile né al momento dell'istanza né successivamente *(Red. Veronica Taurasi).*

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 24.9. 2010, n. 3490
Accesso - atti gara appalto – disciplina *ex* art. 13. co. 5 codice contratti - diniego - segretezza del *know-how* industriale e commerciale - mancata rappresentazione specifiche ragioni di tutela - illegittimità.
Accesso - gara - disciplina *ex* art. 13. co. 5 codice contratti - accesso c.d. difensivo - limitazione accesso sola visione degli atti - illegittimità.
E' illegittimo il rigetto di una istanza avanzata da una ditta che ha partecipato ad una gara per l'affidamento di un appalto che sia motivato con riferimento alla necessità di tutelare la segretezza del know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, nel caso in cui la domanda di accesso sia stata proposta a fini difensivi e la ditta controinteressata, la cui offerta è stata richiesta in copia, pur essendosi formalmente opposta al rilascio delle copie della propria offerta, si sia limitata ad una breve e laconica opposizione scritta, senza rappresentare specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale.
2. Né l'art. 13 del d. lgs. n. 163 del 2006, né l'art. 24 della l.n. 241/90 (nella formulazione risultante a seguito della novella introdotta con la l. n. 15 del 2005), prevedono che l'accesso difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa essere circoscritto dall'amministrazione alla forma della sola visione, senza estrazione di copia. E' perciò illegittima la limitazione alla sola visione degli atti nei confronti del soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi.

TAR Sicilia, Ct, Sez. II, 9.9.2010 n. 3675
Accesso documenti - diniego - mancata impugnazione in termini - reiterazione istanza - nuovo diniego - meramente confermativo - successiva impugnazione - irricevibilità - limiti.
La mancata impugnazione del diniego all'accesso agli atti ed all'attività amministrativa nel termine di trenta giorni, decorrente dalla conoscenza del provvedimento di diniego o dalla formazione del silenzio significativo, non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a quest'ultimo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo; pertanto, l'interessato potrà reiterare l'istanza di accesso e pretenderne il riscontro solo in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non rappresentati nell'istanza originaria, ovvero a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante.
La fattispecie che ha dato luogo alla sentenza di cui è massima trae origine dal parziale diniego, opposto dal Ministero resistente, all'istanza di accesso agli atti formulata da un'ufficiale giudiziario, istanza finalizzata al rilascio, ai sensi degli artt. 22 e ss. l. n. 241 del 1990, di copia conforme della totalità dei documenti (compresi relazioni ispettive e relativi conteggi) connessi all'addebito di somme di denaro a suo carico.
Al predetto ufficiale, infatti, veniva fornita copia soltanto di alcuni degli atti richiesti, ossia degli incartamenti riguardanti l'inchiesta amministrativa avviata nei suoi confronti e dei corrispondenti allegati, pertanto quest'ultimo avanzava una nuova istanza con contenuto iden-

tico alla precedente. Infine, poiché l'amministrazione, nei successivi trenta giorni, non provvedeva alla consegna di una riproduzione conforme alla documentazione domandata, il ricorrente impugnava il silenzio rigetto così formatosi per ottenerne l'annullamento, con contestuale declaratoria del diritto al richiesto accesso. Ebbene il Tribunale adito, uniformandosi al *dictum* dell'Ad. Plen. delle Sezioni Giurisdizionali del CdS (in particolare delle decisioni nn. 6 e 7 del 2006), a fronte della mancata impugnazione del parziale diniego tacito opposto nei confronti della prima istanza e dell'assenza di elementi di novità nella successiva domanda di accesso, che si limitava a reiterare l'istanza originaria, ha dichiarato tale ricorso irricevibile per tardività. Ad avviso dei Giudici di palazzo Spada, difatti, la possibilità di reiterare un'istanza di accesso agli atti e, conseguentemente, di impugnare l'eventuale e successivo diniego è subordinata all'allegazione di circostanze del tutto nuove, cioè non rappresentate nell'istanza originaria sebbene ad essa preesistenti, ovvero ad una differente prospettazione degli interessi sottesi alla precedente richiesta *(Red. Ilaria Di Toro)*.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 6.8.2010, n. 2656
Procedimento - attività istruttoria - a forma libera - limiti legali di prova - non è soggetta - processo civile e amministrativo - differenze - responsabile del procedimento - compimento atti necessari - individuazione - non sussistono vincoli particolari.
Procedimento - attività istruttoria - art. 6, co. 1, lett. b) l. n. 241 del 1990 - richiesta dichiarazioni - provenienza - non è specificata dalla norma.
Nel procedimento amministrativo l'attività istruttoria è una attività a forma libera, che non incontra limiti legali di prova, quali quelle che caratterizzano nello svolgimento dell'istruttoria il processo civile o il processo amministrativo (ed anche il processo penale quando si esce dai confini dell'art. 189 c.p.p.), in quanto, nell'istruttoria procedimentale, il responsabile del procedimento – ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. b) della l. n. 241 del 1990 – dispone il compimento "degli atti all'uopo necessari", senza vincoli particolari in ordine all'individuazione degli stessi.
In tema di procedimento amministrativo, tra gli atti istruttori elencati senza vincoli tassativi dall'art. 6, co. 1, lett. b) della l. n. 241 del 1990, vi è anche la possibilità per il responsabile del procedimento di "chiedere il rilascio di dichiarazioni", senza che sia specificato se le medesime dichiarazioni debbano provenire solo dal soggetto direttamente inciso dal provvedimento impugnato o anche da terzi controinteressati o meno; pertanto, possono essere senz'altro usate dall'amministrazione le prove costituite da dichiarazioni di persone a conoscenza dei fatti e da documentazione prodotta dagli stessi.
Nella sentenza di cui è massima, il giudice amministrativo afferma il principio per cui non avrebbe senso interpretare l'art. 6, co. 1, lett. b) della l. n. 241 del 1990 limitando la possibilità di acquisire dichiarazioni provenienti soltanto da soggetti interessati al procedimento, posto che, per regola di esperienza consolidata, le dichiarazioni più attendibili sono proprio quelle che provengono da soggetti non interessati all'esito dello stesso.
In definitiva, l'istruttoria nel procedimento amministrativo in generale si svolge in forma libera, e non conosce prove legali predeterminate, potendo, quindi, l'am-ministrazione avvalersi di prove costituite da dichiarazioni di persone a conoscenza dei fatti, che non debbano necessariamente provenire dal soggetto direttamente coinvolto nel procedimento (*Red. Valeria Coppola*).

- TUEL -

Consiglio di Stato, Sez. V, 17.9.2010, n. 6964
Comune e provincia - collegio dei revisori dei conti - composizione - *ex* art. 234 TUEL - necessaria iscrizione albo ragionieri di almeno un componente - soppressione dell'ordine dei ragionieri - inapplicabilità.
A decorrere dal 1.1.2008, l'art. 234, co.2 lett. c del TUELL, secondo cui uno dei tre componenti del collegio dei revisori deve essere scelto tra gli iscritti nell'albo dei ragionieri, non può più trovare applicazione per effetto della soppressione dell'Ordine dei ragionieri e periti commerciali e della contestuale istituzione dell'Albo unico dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nella cui Sezione A sono con-

fluiti coloro che alla data del 31.12.2007 erano iscritti nell'Albo dei ragionieri e periti commerciali.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.9.2010, n. 6875
Comune e provincia - delibere - adozione - obbligo di astensione dei soggetti in situazione di incompatibilità - *ex* art. 78, co. 2, TUEL - piani urbanistici - assenza di correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini - insussistenza.
L'art. 78, co.2 del TUEL prevede anche l'inapplicabilità dell'obbligo di astensione rispetto a provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non 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; una tale incompatibilità è insussistente nel caso in cui le delibere adottate non si pongano in alcuna relazione diretta e immediata con specifici interessi propri dell'amministratore o dei suoi parenti e affini.

TAR Campania, Sa, Sez. II, ord. 27.8.2010, n. 908
Ordinanze contingibili ed urgenti - imposizione divieto introduzione cani - aree verdi e nei parchi pubblici - per tutela incolumità, sanità ed igiene pubblica - illegittimità - ragioni.
E' illegittima una ordinanza con la quale un comune, al fine di tutelare l'incolumità, la sanità e l'igiene pubblica, disponga il divieto assoluto di accesso ai cani all'interno delle aree verdi e dei parchi pubblici senza l'indicazione dei motivi specifici di un simile generalizzato divieto in difetto delle quali deve ritenersi che le suddette esigenze pubbliche siano adeguatamente salvaguardate dagli obblighi di guinzaglio e museruola, e di provvedere alla immediata rimozione delle deiezioni dei cani, disposti con la medesima ordinanza.

TAR Toscana, Sez. II, 24.8.2010, n. 4876
Ordinanze contingibili ed urgenti - *ex* artt. 54, co. 3, d. lgs. n. 267/2000 (TUEL).
Ingiunzione anticipata chiusura orario pubblico esercizio alle ore 18,00.
Motivazione - assicurare l'ordine pubblico e decoro urbano.
In assenza effettiva situazione di emergenza - Illegittimità.
E' illegittima una ordinanza sindacale la quale, al fine di fronteggiare una situazione di asserito degrado dell'ordine pubblico, dell'igiene e del decoro urbano ingiunge al gestore di un pubblico esercizio l'anticipazione dell'orario di chiusura (alle ore 18,00), per un determinato periodo di tempo in considerazione del fatto che le limitazioni di orario dei pubblici esercizi possono essere adottate solo in quanto emergano o si aggravino - improvvisamente - situazioni di rilevante disagio dei residenti per fronteggiare le quali il comune non dispone di altri strumenti di intervento.

«::::::::: GA :::::::::»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 23.7.2010, n. 283
Procedura elettorale regione Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste - ineleggibilità e incompatibilità - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 2, co. 1, lett. *r*), l. reg. Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste 7.8.2007, n. 20 (Disciplina delle cause di ineleggibilità e d'incompatibilità con la carica di consigliere regionale, ai sensi dell'art. 15, co. 2, dello Statuto speciale) - artt. 3 e 51 cost. - rigetto.
La Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, lett. r), l. reg. Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste, 7.8.2007, n.20. La norma oggetto di censura prevede che non sono eleggibili alla carica di consigliere regionale "il legale rappresentante ed i direttori di struttura sanitaria o socio–sanitaria privata che intrattenga rapporti contrattuali con l'Azienda regionale Usl della Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste". Il giudice remittente rileva come la sopra citata disposizione nel prevedere una deroga assoluta al diritto di elettorato passivo per colui che riveste la qualifica di legale rappresentante dell'Azienda Usl, violerebbe il disposto di cui agli artt. 3 e 51 cost.
La Corte ha ritenuto la questione di legittimità sollevata non fondata, considerato che l'ineleggibilità dei vertici delle Aziende sanitarie locali è un principio già sancito nell'art. 2, co. 1, numero 9, della l. 154/1981 (Norme in materia di ineleggibilità ed incompatibilità alle cariche di consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale e in materia di incompatibilità degli addetti al Servizio sanitario nazionale) e nell'art. 60, co. 1 del d.lgs. 267/2000 (in tema di elezioni comunali e provinciali) e costituisce quindi un principio generale dell' ordinamento giuridico elettorale statale, che tiene altresì conto e attribuisce rilevanza al ruolo delle regioni in materia di servizi sanitari. Ad avviso della Corte, inoltre, la disciplina regionale oggetto di impugnazione, non solo non si discosta dai principi generali dettati dalla suddetta normativa statale di riferimento ma risulta pienamente in armonia con i parametri costituzionali (Red. Francesco Sampugnaro).

Corte costituzionale, 22.7.2010, n. 278
Edilizia e urbanistica - turismo - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3, co. 9, l. 23.7.2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) - art. 117, co. 3. cost. - accoglimento.
La regione Toscana e la regione Lazio hanno impugnato l'art. 3, co. 9, l. 23.7.2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), rilevando che esso inciderebbe illegittimamente sulle competenze regionali in materia di governo del territorio. La norma impugnata infatti prevede che, al fine di incrementare il turismo, "le installazioni e i rimessaggi dei mezzi mobili di pernottamento, anche se collocati permanentemente, per l'esercizio dell'attività, entro il perimetro delle strutture turistico-ricettive regolarmente autorizzate, purché ottemperino alle specifiche condizioni strutturali e di mobilità stabilite dagli ordinamenti regionali, non costituiscono in alcun caso attività rilevanti ai fini urbanistici, edilizi e paesaggistici", e quindi possano essere poste in essere senza la necessità di alcun titolo abilitativo.
La Corte ha rilevato che l'art. 3, d.P.R. 6.6.2001, n. 380, sancisce il principio per cui ogni trasformazione permanente del territorio necessita di titolo abilitativo e ciò anche ove si tratti di strutture mobili allorché esse non abbiano carattere precario. La Corte, evidenziando che l'intervento del legislatore statale presenta carattere di norma di dettaglio, in quanto ha ad oggetto una disciplina limitata a specifiche tipologie di interventi edilizi realizzati in contesti ben definiti e circoscritti, ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata in quanto, introducendo una disciplina che si risolve in una normativa dettagliata e specifica che non lascia alcuno spazio al legislatore regionale, oltrepassando quindi i confini delle

competenze che, ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost. spettano al legislatore statale in materia di governo del territorio. In argomento, v. conformi C. cost. 23.11.2007, n. 401, 30.12.2009, n. 339, 30.12.2009, n. 340, 18.2.2010 *(Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 7.7.2010, n. 274
Sicurezza urbana - giudizio di legittimità costituzionale per conflitto di attribuzione - d.m. Interno 8.8.2009 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) - art. 117 cost. - accoglimento parziale.
Le regioni Toscana ed Emilia–Romagna hanno proposto ricorso – deducendo la violazione dell'art. 117, co. 6, Cost., avverso il decreto del Ministro dell'interno 8.8.2009, recante disposizioni attuative dei commi da 40 a 44 dell'art. 3 della l. 15.7.2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), i quali prevedono che i sindaci possano avvalersi, alle condizioni e con le modalità ivi stabilite, della collaborazione di associazioni di cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale.
La Corte già con la sentenza 21.6.2010, n. 226, pronunciandosi sul ricorso proposto dalle medesime ricorrenti avverso le norme di legge attuate dal suddetto regolamento, aveva chiarito che la materia relativa alla "sicurezza urbana" è attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato essendo riconducibile alla materia di sicurezza pubblica, mentre la cura e prevenzione di situazioni di "disagio sociale" è riconducibile alla materia "servizi sociali" di competenza legislativa residuale delle Regioni.
Di conseguenza, nel caso di specie la Corte ha rigettato il ricorso per quanto attiene al contenuto dell'atto impugnato relativo alla materia della sicurezza urbana mentre ha accolto il ricorso per quanto attiene alla parte relativa alle situazioni di disagio sociale. La Corte ha infatti chiarito che l'atto impugnato deve essere qualificato come regolamento e nella parte in cui si occupa di situazioni di disagio sociale, oggetto riconducibile alla materia dei servizi sociali, attribuita alla competenza legislativa residuale delle regioni, si pone in contrasto con l'art. 117, co. 6, Cost. che attribuisce allo Stato la potestà regolamentare solo nelle materie attribuite alla competenza legislativa esclusiva statale (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 22.7.2010, n. 272
Telecomunicazioni - impianti radio base - oneri ARPAT - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 7, co. 6 e 9, co. 6, l. reg. Toscana 6.4.2000, n. 54 (Disciplina in materia di impianti di radiocomunicazione) - artt. 117, co. 3, cost - accoglimento.
Nel corso di un giudizio di opposizione promosso dalla società H3G s.p.a. avverso l'ingiunzione al pagamento di oneri per lo svolgimento dei controlli dell'ARPAT sugli impianti di telefonia mobile, il Tribunale di Pisa ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 7, co. 6 e 9, co. 6, l. reg. Toscana 6.4.2000, n. 54. Le norme censurate dispongono che gli oneri per lo svolgimento dei controlli effettuati dall'ARPAT – all'atto del rilascio dell'autorizzazione all'installazione di impianti di comunicazione (art. 7, co 6) e nell'ambito delle sue funzioni di vigilanza e controllo dei suddetti impianti (art. 9, co. 6) – siano posti a carico dei titolari degli impianti radio base di telefonia mobile esistenti nella regione Toscana. Ad avviso del Tribunale di Pisa, le norme censurate sarebbero lesive della competenza legislativa statale esclusiva in materia di concorrenza. La tutela della concorrenza sarebbe, infatti, la finalità dell'art. 93 del d. lgs. n. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche), che vieta a pubbliche amministrazioni, regioni, province e comuni di imporre oneri e canoni non previsti per legge, per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica.
La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata, richiamando espressamente le proprie pronunce in ordine all'art. 93 del codice delle comunicazioni elettroniche (sentt. n. 336/2005 e 450/2006). La Corte, infatti, aveva chiarito che il suddetto art. 93 mira ad impedire che le regioni possano "liberamente prevedere obblighi pecuniari a carico dei soggetti operanti sul proprio territorio" proprio per evitare il rischio "di una ingiustificata discriminazione rispetto ad operatori di altre regioni, per i quali, in ipotesi, tali obblighi potrebbero non essere imposti". Quindi, conclude la Corte, poiché la norma "persegue la finalità di garantire a tutti gli operatori un trattamento uniforme e non discriminatorio", il divieto di porre a carico degli stessi oneri o canoni vale per tutti gli obblighi pecuniari, siano essi imposti in occasione del rilascio dell'autorizzazione

ovvero previsti per interventi di vigilanza e di controllo che si rendano necessari nel corso dello svolgimento del servizio e che, dunque, siano inerenti al rapporto instauratosi con l'amministrazione proprio in forza dell'originario titolo autorizzativo. In argomento, v. precedenti conformi C. cost. 27.7.2005, n. 336; 28.12.2006, n. 450 *(Red. Mariella Iacono).*

Corte costituzionale, 22.7.2010, n. 269
Straniero - diritti sociali - giudizio di legittimità costituzionale su ricorso dello Stato - artt. 2, co. 2 e 4, 6, co. 11, 35, 43, 51 e 55, lett. *d*), l. reg. Toscana 9.6.2009, n. 29 *(Norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri nella regione Toscana)* - art. 117, co. 2, lett. *a*) e *b*) e 9, cost. - rigetto.
Con la legge indicata in oggetto, la regione Toscana aveva dettato norme finalizzate all'accoglienza, all'integrazione partecipe e alla tutela dei cittadini stranieri presenti nella citata regione. Il Presidente del consiglio dei ministri ha proposto questione di legittimità costituzionale delle sopramenzionate disposizioni per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. a) e b), e 9, cost. La Corte dichiara non fondata, in relazione all'art. 117, co. 2, lett. a), cost., la censura avente ad oggetto l'art. 2, co. 4, della medesima legge regionale, nella parte in cui, disponendo che gli interventi in favore degli immigrati privi di regolare permesso di soggiorno "sono estesi anche a cittadini neocomunitari compatibilmente con le previsioni normative vigenti, fatte salve norme più favorevoli", si limita ad assicurare anche ai cittadini neocomunitari le prestazioni ad essi dovute nell'osservanza di obblighi comunitari e riguardanti settori di propria competenza, concorrente o residuale, riconducibili al settore sanitario, dell'istruzione, dell'accesso al lavoro ed all'edilizia abitativa e della formazione professionale. Infine, la Corte dichiara non fondate le censure relative all'art. 6, co. 35 e 55, laddove prevede che tutte le persone dimoranti nel territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, possono beneficiare degli interventi socio assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni persona in base alla Costituzione ed alle norme internazionali nonché la garanzia dell'iscrizione al servizio sanitario regionale anche agli stranieri che abbiano proposto ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno per riconoscimento dello status di rifugiato, richiesta di asilo, protezione sussidiaria o per ragioni umanitarie. Sul punto, la Consulta ricorda che lo straniero, al pari di qualsiasi cittadino, è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce alla persona e, con particolare riferimento al diritto all'assistenza sanitaria, che esiste un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla stessa Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la realizzazione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 22.7.2010, n. 268
Ambiente - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 19 l. reg. Molise 10.8.1993, n. 19 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio) - artt. 3 e 117, co. 2, lett. s), e co. 3, cost. - accoglimento.
Il TAR per il Molise ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 117, co. 2, lett. s), e co. 3 cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 l. reg. Molise 10.08.1993, n. 19, nella parte in cui non consente la partecipazione paritaria delle associazioni venatorie e di quelle degli agricoltori nei Comitati di gestione programmata della caccia.
La Corte ha chiarito che, trattandosi di materia attribuita alla potestà legislativa concorrente, la norma impugnata viola l'art. 117, co. 3 cost. nella parte in cui introduce una deroga alla norma statale che prevede una piena rappresentatività delle suddette associazioni nei Comitati di gestione programmata della caccia (art. 14, co. 10, l. 11.02.1992, n. 157). La Corte costituzionale ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, al co. 1, lett. a) e b), l. reg. Molise 10.08.1993, n. 19 in quanto non rispetta gli standard di tutela minimi ed uniformi richiesti dall'indicata norma statale interposta, limitatamente alla parte in cui non garantisce la paritaria rappresentanza delle associazioni venatorie e delle organizzazioni professionali agricole.
Inoltre, la Corte, richiamando propri precedenti giurisprudenziali, ha affermato che il principio di rappresentatività ha carattere inderogabile (ord. 25.07.2001, n. 299) e che lo standard fissato per la composizione degli organi deve essere garantito su tutto il territorio nazionale

(sent. 29.05.2009, n. 165) (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 22. 7.2010, n. 266
Ambiente - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - l. reg. Lombardia 6.8.2009, n. 19 [Approvazione del piano di cattura dei richiami vivi per la stagione venatoria 2009/2010 ai sensi della l. regionale 5.2.2007, n. 3 (Legge quadro sulla cattura dei richiami vivi)] - art. 2 l. reg. Toscana 17.09.2009, n. 53 [Disciplina dell'attività di cattura degli uccelli selvatici da richiamo per l'anno 2009 ai sensi dell'art. 4 della l. 11.2.1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), e dell'art. 34 della l. regionale 12.1.1994, n. 3 (Recepimento della l. 11.2.1992, n. 157 "*Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*")] - art. 117, co. 1 e 2, l. *s*), Cost. – art. 9 dir. 79/409/CEE (oggi riprodotto nell'art. 9 dir. 2009/147/CE) - accoglimento.
Le norme impugnate prevedevano la possibilità di autorizzare la cattura di alcune specie appartenenti alla fauna selvatica a scopo di richiamo. La Corte ha rilevato che l'art. 9 dir. 79/409/CEE (oggi riprodotto nell'art. 9 dir. 2009/147/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la conservazione degli uccelli selvatici) prevede che gli Stati membri, «sempre che non vi siano altre soluzioni soddisfacenti», possano derogare alle misure di protezione poste dalla medesima direttiva per il conseguimento di una serie di interessi generali tassativamente indicati, fra i quali, per quanto riguarda il presente giudizio, quello di "consentire in condizioni rigidamente controllate e in modo selettivo la cattura, la detenzione o altri impieghi misurati di uccelli in piccole quantità".
Per tale motivo, l'abbattimento e la cattura di volatili rappresenta un potere derogatorio eccezionale, che richiede una specifica autorizzazione da parte degli Stati membri a derogare al divieto generale di cacciare le specie protette e di una deroga dotate di una motivazione che faccia riferimento esplicito e adeguatamente circostanziato alla sussistenza di tutte le condizioni prescritte dall'art. 9, par. 1 e 2, della citata direttiva. In considerazione di ciò, poiché secondo le norme impugnate l'autorizzazione avrebbe dovuto potuto essere rilasciata in assenza delle condizioni previste dalla citata direttiva, la Corte ha dichiarato incostituzionali le norme impugnate per violazione dell'art. 117, co. 1, cost.. In argomento, v. conformi C. cost. 14.5.1999, n. 168 e 4.7.2008, n. 250 *(Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 7.7.2010, n. 259
Esercizi pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - ord. Commissario Governo provincia autonoma di Bolzano 10.9.2008/13 - artt. 6, 7, 9, 16 d.P.R. 31.8.1972, n. 670 - rigetto.
La Corte ha respinto il ricorso presentato dalla provincia autonoma di Bolzano per conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione a diverse ordinanze del Commissario del Governo per la provincia di Bolzano che hanno disposto la chiusura per sette giorni di alcuni esercizi pubblici a seguito dell' accertamento, nel corso di controlli di polizia, della avvenuta somministrazione di bevande alcoliche, oltre l'orario consentito, in violazione dell'art. 6, d.l. 3.08.2007, n. 117 (Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione), convertito, con modificazioni, dalla l. 2.10.2007, n. 160.
La Corte, ha chiarito che le ordinanze impugnate sono adottate dal Commissario di Governo ai sensi dell'art. 100 T.U.L.P.S la cui finalità non è quella di sanzionare la condotta del gestore di un pubblico esercizio per avere consentito la presenza, nel proprio locale, di persone potenzialmente pericolose per l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini, bensì quella di impedire, attraverso la chiusura del locale, il verificarsi di una situazione di potenziale pericolosità sociale. Il provvedimento impugnato, pertanto, è riconducibile alla materia della tutela dell'ordine pubblico, attribuita alla potestà legislativa statale e non produce alcuna lesione dei poteri di controllo sugli esercizi pubblici e di polizia amministrativa attribuiti alla Provincia ricorrente. Precedenti conformi: C. cost. 152/2010 e 129/2009 *(Red. Diego De Magistris).*

Corte costituzionale, 8.7.2010, n. 255
Servizi pubblici, imposte e tasse - Sistema radiotelevisivo - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio - art. 3, co. 1, art. 8,

«co. 1» **[recte: co. 2], leg. reg. Piemonte 26.10.2009, n. 25 – art. 117, co. 2, lett. e), cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso – in riferimento all'art. 117, co. 2, lett. e), cost. – questione di legittimità dell'8, "co. 1" [recte: co. 2], leg. reg. Piemonte 26.10.2009, n. 25 (Interventi a sostegno dell'informazione e della comunicazione istituzionale via radio, televisione, cinema e informatica), che autorizza la Giunta a promuovere intese con il ministero dello sviluppo economico per l'utilizzazione di quota parte del canone di abbonamento RAI corrisposto dai cittadini piemontesi. Secondo il ricorrente, la disposizione de qua, prevedendo un intervento della regione nell'utilizzazione del gettito di un prelievo statale di natura tributaria, violerebbe l'art. 117, co. 2, lett. e*), cost., nella parte in cui tale parametro riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia "sistema tributario dello Stato". Per la Corte la questione è fondata, in quanto il canone di abbonamento radiotelevisivo ha natura di prestazione tributaria istituita e disciplinata dallo Stato. Come costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, la disciplina, anche di dettaglio, dei tributi statali è riservata in via esclusiva alla legge statale e, pertanto, l'intervento del legislatore regionale è precluso,ancorché diretto solo ad integrarne la disciplina (Red. Francesco Corvisieri)*

Corte costituzionale, 15.7.2010, n. 254

Tutela dell'ambiente - sicurezza pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 9 e 15, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 11.8.2009, n. 16 (Norme per la costruzione in zona sismica e per la tutela del territorio) - art. 117, co. 2, lett. s), cost.; artt. 4 e 5, l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia) - accoglimento.

Lo Stato ha promosso questione di legittimità costituzionale degli art. 9 e 15, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 11.08.2009, n. 16.

In particolare, l'art. 9, affida alla regione il potere di concedere deroghe all'osservanza delle norme tecniche per le costruzioni in zone sismiche, nel caso in cui esigenze di salvaguardare le caratteristiche ambientali dei centri storici ne impediscano il rispetto. Secondo il ricorrente, la disposizione eccederebbe la competenza statutaria di cui all'art. 5, co.1, n. 22, dello statuto di autonomia, contrastando con un principio fondamentale, di uniformità degli standard *costruttivi nelle zone sismiche, dettato dalla legislazione statale nella materia della protezione civile, e segnatamente dall'art. 88, d.P.R. 6.6.2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), che attribuisce allo Stato la possibilità di concedere simili deroghe.*

Anche l'art. 15 della l. reg. impugnata, nell'attribuire al comune la potestà di individuare le aree sicure o pericolose ai fini edificatori o infrastrutturali, si porrebbe in contrasto con la disciplina statale di riferimento (art. 65, co. 4, 5 e 6, d.lgs. 3.4.2006, n. 152, recante Norme in materia ambientale), che rimette alla pianificazione di bacino la competenza di individuare tali aree. Il ricorrente lamenta la lesione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e, dunque, anche la violazione dell'art. 4. l. cost. n. 1/1963, che prescrive che la regione eserciti le proprie competenze legislative in armonia con la costituzione.

La Corte accoglie entrambe le questioni. Quanto alla questione avente ad oggetto l'art. 9 della l. reg. impugnata, la Corte, infatti, riconosce all'art. 88, d.P.R. 6.6.2001, n. 380 il carattere di principio fondamentale in materia di protezione civile, in quanto riconosce che la norma statale in questione ha inteso dettare "una disciplina unitaria a tutela dell'incolumità pubblica", per "garantire, per ragioni di sussidiarietà e di adeguatezza, una normativa unica, valida per tutto il territorio nazionale, in un settore nel quale entrano in gioco sia l'alta tecnicità dei provvedimenti in questione, sia l'esigenza di una valutazione uniforme dei casi di deroga". D'altro canto, prosegue la Corte, anche la ratio della norma impugnata è riconducibile all'esigenza di tutelare la sicurezza delle persone; la norma pertanto, trascende la materia dell'urbanistica (di competenza regionale esclusiva) per ricadere nella materia delle "opere di prevenzione e soccorso per calamità naturali" che lo Statuto speciale affida alla competenza regionale concorrente.

Infine, la Corte dichiara illegittimo anche l'art. 15 della l. reg. de qua*, in quanto trattasi di disposizione che ha ad oggetto la descrizione dello stato della stabilità del suolo e dell'equilibrio idrogeologico di taluni territori, con particolare riguardo ai rischi "geologici, idraulici e valanghivi". In ragione di tale con-*

tenuto, essa rientra nella materia esclusiva statale della tutela dell'ambiente. In argomento, v. C. cost.: 14.11.2007, n. 378; 18.4.2008, n. 104 e 23.1.2009, n. 12 *(Red. Mariella Iacono).*

Corte costituzionale, 8.7.2010, n. 247
Commercio, tutela della concorrenza - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 4, co. 4 *bis*, l. reg. Veneto 6.4.2001, n. 10 (Nuove norme in materia di commercio su aree pubbliche), introdotto dall'art. 16 l. reg. Veneto 25. 2.2005, n. 7 (Disposizioni di riordino e semplificazione normativa - collegato alla legge finanziaria 2004 in materia di miniere, acque minerali e termali, lavoro, artigianato, commercio e veneti nel mondo) - artt. 3, 5, 10, co. 1, 117, co. 2, lett. *e)* e 118 cost. - rigetto.
Il TAR del Veneto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 4–bis, l. reg. Veneto 06.04.2001, n. 10, introdotto dall'art. 16 l. reg. Veneto 25.2.2005, n. 7, secondo cui "è vietato il commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti" per violazione degli artt. 3, 5, 117, co. 2, lett. e) e 118 cost.
La Corte ha dichiarato non fondata la questione sollevata per diverse ragioni.
In primo luogo, la Corte ha stabilito che le disposizioni impugnate sono riconducibili immediatamente alla materia "commercio", di competenza residuale delle regioni e, contrariamente a quanto sostenuto dal rimettente, dopo la riforma costituzionale del 2001 tale potestà residuale non può essere condizionata dai principi in materia di concorrenza stabiliti dal d.lgs. 31.3.1998, n. 114, normativa statale preesistente a detta riforma costituzionale. La norma regionale censurata, infatti, "non risulta connotata da quella particolare rilevanza macroeconomica che giustifica, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., l'intervento esclusivo dello Stato". Pertanto, la legge de qua*, non lede alcuna norma posta a tutela della concorrenza.*
In secondo luogo, relativamente alla violazione degli artt. 3, 5 e 118 cost., dedotti dal rimettente in quanto in quanto "la norma censurata opererebbe in modo del tutto indifferenziato in ambiti territoriali disomogenei, in guisa tale da comprimere irragionevolmente l'autonomia comunale", la Corte sostiene che le disposizioni impugnate non istituiscono o attribuiscono funzioni amministrative, ma impongono "un divieto, il quale concorre a definire i limiti di legge entro i quali deve svolgersi poi la normale attività amministrativa di attuazione". Pertanto, nemmeno l'evocato principio di sussidiarietà verticale risulta violato (Red. Flora Cozzolino).

Corte costituzionale, 8.7.2010, n. 246
Variazioni territoriali dei comuni - passaggio di un comune da una regione ad un'altra - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Marche – L. 3.8.2009, n. 117 (Distacco dei comuni di Casteldieci, Novalfeltria, Pennabilli, San Leo, Sant'Agata Feltria, e Talamello dalla regione Marche e loro aggregazione alla regione Emilia–Romagna, nell'ambito della provincia di Rimini, ai sensi dell'art. 132, co.2 Cost.) - art. 132, co. 2, cost.; principio di leale collaborazione - rigetto.
La regione ricorrente impugna la legge con la quale è stato disposto il distacco di diversi comuni dalla regione Marche e la loro aggregazione alla regione Emilia-Romagna. La legge è stata adottata con il meccanismo legislativo previsto dall'art. 132, co. 2, cost., il quale stabilisce che variazioni territoriali di questo tipo siano stabilite con una legge ordinaria preceduta da una consultazione popolare e sentito il parere dei Consigli delle regioni coinvolte.
Secondo la ricorrente, nel corso del procedimento parlamentare di approvazione della legge, il parere, emesso dal Consiglio regionale delle Marche in senso contrario al distacco, non è stato oggetto di sostanziale considerazione risultante da atti ufficiali. Nel corso dello stesso procedimento legislativo, inoltre, non sarebbe stato rispettato neppure il principio di leale collaborazione, poiché il parere è stato solamente acquisito agli atti, senza che la regione che lo ha emesso sia stata posta in condizione di conoscere i motivi che hanno spinto le Camere a discostarsi da esso, risultando così violate le regole di reciproco rispetto nelle relazioni tra soggetti istituzionali.
La Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge impugnata, in quanto la costituzione prevede l'emissione di pareri necessari, ma non vincolanti, da parte delle regioni interessate. Inoltre, l'obbligo di motivare e comunicare eventuali scelte di scostamento dal parere da parte del Parlamento determinerebbe un ulteriore appesanti-

mento della procedura di approvazione non giustificato dalla costituzione.
In argomento, v. precedente conforme C. cost. 10.4.2004, n. 334 (con cui la Corte afferma che i pareri devono avere una "sicura incidenza" ai fini dell'approvazione della legge di modifica territoriale, senza che, tuttavia, ciò possa intendersi come vincolo al contenuto del parere stesso) (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 8.7.2010, n. 245
Tutela della salute - professioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio - art. 1, co. 1, l. reg. Abruzzo 26.09.2009, n. 19 - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.
Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso, in riferimento all'art. 117, co. 3, cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, l. reg. Abruzzo 26.09.2009, n. 19 (Integrazioni alla l. reg. 31.7.2007, n. 32, recante "Norme generali in materia di autorizzazione, accreditamento istituzionale e accordi contrattuali delle strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private"). Secondo il ricorrente, l'articolo censurato, nell'escludere dal regime dell'autorizzazione "gli studi privati medici ed odontoiatrici che non intendono chiedere l'accreditamento istituzionale", violerebbe l'art. 117, co. 3, cost. Secondo i giudici della Corte la disposizione regionale impugnata disattende il principio fondamentale dettato dagli artt. 8, co. 4, e 8-ter del d. lgs. 30.12.1992, n. 502, i quali stabiliscono la necessità di tale autorizzazione per gli studi medici ed odontoiatrici privati al fine di "assicurare livelli essenziali di sicurezza e di qualità delle prestazioni, in ambiti nei quali il possesso della dotazione strumentale e la sua corretta gestione e manutenzione assum[ono] preminente interesse per assicurare l'idoneità e la sicurezza delle cure", non rispettando, in tal modo, i limiti imposti dall'art. 117, co. 3, cost. in materia di tutela della salute.
La Corte costituzionale, infatti, ha affermato in analoga precedente sentenza che, "se è condivisibile che la competenza regionale in tema di autorizzazione e vigilanza delle istituzioni sanitarie private vada inquadrata nella potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute, resta, comunque, [è] precluso alle regioni di derogare a norme statali che fissano principi fondamentali"; né assume rilievo "la circostanza che queste strutture non abbiano l'accreditamento presso il servizio sanitario nazionale", perché tale elemento "non incide sul tipo di prestazioni che esse vengono ad erogare". I giudici costituzionali dichiarano pertanto l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, l. reg. Abruzzo 26.09.2009, n. 19 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 7.7.2010, n. 235
Amministrazione pubblica - concorso pubblico - giudizio di legittimità costituzionale su ricorso dello Stato - artt. 3, co. 1, 2, 3, 12, e 9, co. 3 e 4, l. reg. Sardegna 07.08.2009, n. 3 *(Disposizioni urgenti nei settori economico e sociale)* - artt. 3, 51, 97 e 117, co. 2, lett. *l*) e *m*) cost. - accoglimento parziale.
Viene sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 51, 97 e 117, co. 2, lett. l) e m), cost. con riferimento agli artt. 3, co. 1, 2, 3 e 12, e 9, co. 3 e 4, l. reg. Sardegna 7.8.2009, n. 3 sotto vari profili attinenti alle regole di accesso ai pubblici uffici.
Sotto il primo profilo, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità con riguardo all'art. 3, co. 1, l. reg. citata avente ad oggetto norme per il contenimento del ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato, sottoponendo ad alcuni limiti la possibilità della regione Sardegna e degli enti pubblici regionali sardi di ricorrere, per far fronte alle proprie esigenze, a contratti a tempo determinato. Secondo la Corte, la disposizione censurata deve ritenersi inquadrabile nella materia dell'organizzazione degli uffici regionali, attribuita dallo statuto sardo alla competenza legislativa esclusiva della regione, confermando il principio in base al quale "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, della Costituzione" (sentenze n. 380 del 2004, n. 95 del 2008 e n. 100 del 2010). Quanto al secondo profilo, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dei co. 2, 3 e 12 dell'art. 3, l. reg. Sardegna citata, per violazione degli artt. 51 e 97 cost., in quanto essi consentono, 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. La Corte ricorda infatti che l'unica

modalità di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni è costituita dal concorso, consentendo deroghe a tale principio solo qualora ricorrano esigenze particolari e sia adeguatamente garantita la professionalità dei prescelti (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 1.7.2010, n. 234
Ambiente - autorizzazioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4, co. 25, della l. reg. Friuli-Venezia Giulia 23.7.2009, n. 12 (Assestamento del bilancio 2009 e del bilancio pluriennale per gli anni 2009 – 2011 ai sensi dell'art. 34 della l. regionale n. 21/2007) - artt. 117, co. 2, l. s), e 118 Cost., e artt. da 101 a 108, 124, co. 2 e 7, e all. 5 d. lgs. 22.1.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale) - accoglimento parziale.
La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 25, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 23.07.2009, n. 12 (Assestamento del bilancio 2009 e del bilancio pluriennale per gli anni 2009 – 2011 ai sensi dell'art. 34 della l. reg. n. 21/2007), nella parte in cui inserisce l'art. 16-ter nella l. reg. Friuli-Venezia Giulia 5.12.2008, n. 16 (Norme urgenti in materia di ambiente, territorio, edilizia, urbanistica, attività venatoria, ricostruzione, adeguamento antisismico, trasporti, demanio marittimo e turismo).
Tale norma consente ai soggetti che conferiscono gli scarichi ad un depuratore di non richiedere un'autorizzazione, ritenendosi sufficiente quella richiesta e concessa al titolare dello scarico finale.
La Corte ha rilevato che la norma impugnata si pone in contrasto con l'art. 124, co. 2, d.lgs. 22.01.2006, n. 152 che definisce la titolarità dell'autorizzazione allo scarico e prevede che il soggetto obbligato ad ottenere il rilascio dell'autorizzazione allo scarico è identificato dal legislatore nazionale in colui che svolge l'attività che produce lo scarico stesso. Secondo la Corte, la norma impugnata è incostituzionale perché, recando una disciplina afferente alla materia della tutela dell'ambiente, attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, l. s), cost., eccede la competenza regionale, accordando, peraltro, al predetto bene ambientale una tutela inferiore rispetto a quella statale. In argomento, v. C. cost. conformi:14.11.2007, n. 378, 23.1.2009, n. 12, 5.3.2009, n. 61, 29.10.2009, n. 272 e 17.3.2010, n. 101 *(Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 23.6.2010, n. 233
Demanio - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri - artt. 36, co. 2, 37, co. 1, e 48, co. 6 l. reg. Friuli-Venezia Giulia 30.7.2009, n. 13 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi della regione Friuli-Venezia Giulia derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità europee) art. 4 l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia), artt. 3 e 117, co. 1 e co. 2, lett. a) s) cost. - accoglimento parziale.
Con la sentenza in rassegna, la Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 36, co. 2 in oggetto il quale, modificando l'art. 58 co. 2. l. reg. Friuli-Venezia Giulia 5.12.2008, n. 16 (Norme urgenti in materia di ambiente, territorio, edilizia, attività venatoria, ricostruzione, adeguamento antisismico, trasporti, demanio marittimo e turismo), ha esteso anche ai soggetti "non in possesso dei requisiti di legge" la possibilità di usufruire della proroga delle concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative, per contrasto con l'art. 117, co. 1, cost., nonché con il principio comunitario in materia di libera concorrenza, in quanto a coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo è preclusa la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del precedente gestore.
La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, co. 1, nella parte in cui attribuisce alla regione Friuli-Venezia Giulia potestà legislativa primaria in materia di caccia, per violazione dell'art.117, co. 2, lett. s), cost., nonché dell'art. 4 dello statuto di autonomia della regione Friuli-Venezia Giulia.
La norma regionale impugnata, sebbene sia riconducibile alla materia "caccia", incide in un ambito attribuito alla competenza esclusiva del legislatore statale, conformemente a quanto stabilito dall'art. 7 della direttiva n. 79/409/CEE. In attuazione della direttiva, la l. 157/1992, all'art. 18 garantisce standard minimi e uniformi di tutela della fauna sull'intero territorio nazionale e, pertanto, assume ruolo di norma fondamentale di riforma economico-sociale, in quanto indica il nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica il cui rispetto deve essere assicurato sull'intero territorio nazionale e, quindi, anche nell'ambito delle regioni a Statuto speciale. La Corte costituziona-

le ha dichiarato illegittimo l'art. 48, co. 6, in oggetto, anch'esso dettato in materia di caccia, nella parte in cui nel sottoporre fino al 31.1.2010 l'intero territorio della regione Friuli-Venezia Giulia al regime giuridico della zona faunistica delle Alpi, si pone in contrasto con l'art. 10, co. 3, l. 157/92, per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost., in quanto limita la quota di territorio da destinare a protezione della fauna selvatica. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: sentenza n. 536 del 2002; n. 227 del 2003; n. 165 del 2009 *(Red. Antonella Zella).*

Corte costituzionale, 24.6.2010, n. 232
Commercio - vendite promozionali - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 113, co. 2, l. r. Liguria 2.1.2007, n. 1 (Testo unico in materia di commercio) - artt. 117, co. 2, lett. e), cost. - accoglimento.
Il Giudice di pace di Genova ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 113, co 2, della l. r. Liguria 2.01.2007, n. 1 (Testo unico in materia di commercio) come sostituito dall'art. 27 della l. r. Liguria 3.04.2007, n. 14 (Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2007) nella parte in cui vieta le "vendite promozionali nei quaranta giorni antecedenti le vendite di fine stagione o saldi".
La Corte ha chiarito che il divieto regionale di effettuare vendite promozionali, per qualsiasi tipologia di prodotti (stagionali e non) in periodo antecedente le vendite di fine stagione, si pone in aperto contrasto con la disciplina statale evocata dal ricorrente, secondo cui l'unica limitazione possibile consiste nella previsione di un termine antecedente a quello di svolgimento delle vendite di fine stagione, durante il quale non possono essere effettuate (non già tutte) le vendite promozionali (ma solo quelle) che abbiano ad oggetto gli stessi prodotti destinati ad essere posti in saldo. Il legislatore regionale, estendendo il divieto di vendite promozionali in periodo antecedente alle vendite di fine stagione o saldi a tutti i prodotti merceologici, ha invaso la sfera di competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza; la disposizione statale evocata mira infatti a "garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato" (art. 3, co. 1). Pertanto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, co. 2, l.r. Liguria n. 1/2007, nella parte in cui non prevede che non possono essere effettuate vendite promozionali, nei quaranta giorni antecedenti le vendite di fine stagione o saldi, dei medesimi prodotti merceologici oggetto di queste vendite. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: 14.12.2007, n. 430 *(Red. Mariella Iacono).*

Corte costituzionale, 24.6.2010, n. 226
Sicurezza pubblica - disagio sociale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Toscana, Emilia Romagna e Umbria - art. 3, co. 40, 41, 42 e 43, l. 15.7. 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) - art. 117, co. 2, lett. h), 4 e 6, cost. - accoglimento parziale.
Con ricorsi di analogo tenore e aventi ad oggetto le medesime disposizioni, le ricorrenti lamentano, in primo luogo, la lesione delle proprie competenze in materia di "polizia amministrativa e locale" (art. 117, co. 2, lett. h), cost.) e di "politiche sociali" (art. 117, co. 4, cost.).
In particolare, le censure vertono sull'art. 3, co. 40, l. n. 94/2009 secondo cui "i sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale". Secondo le ricorrenti, infatti, il concetto di "sicurezza urbana" sarebbe eccessivamente generico e dunque esorbiterebbe dall'ambito della materia "ordine pubblico e sicurezza" di competenza legislativa statale esclusiva, per ricadere nell'ambito della materia di "polizia amministrativa e locale". Per altro verso, anche il concetto di "disagio sociale" evocherebbe un'ampia gamma di situazioni di emarginazione che richiedono interventi inquadrabili nella materia delle "politiche sociali".
Gli evidenziati profili di incostituzionalità si riverberebbero, ad avviso delle ricorrenti, sulle disposizioni di cui ai successivi co. 41 e 42. Questi ultimi, che dettano regole in tema di iscrizione delle associazioni di volontari in elenchi tenuti dai prefetti, di scelta fra le associazioni iscritte e di divieto di iscrizione delle associazioni destinatarie di contributi pubblici, sarebbero inficiate da analogo vizio di incostituzionalità, in quanto ricadenti nell'ambito dei servizi di polizia amministrativa locale.
Infine, anche l'art. 3, co. 43, della legge impugnata – nel rimettere ad un decreto del Mini-

stro dell'interno il completamento della disciplina posta dai commi precedenti – violerebbe, l'art. 117, co. 6, Cost., prevedendo una competenza regolamentare statale in materia di competenza legislativa regionale.
La Corte ha chiarito che una lettura sistematica della l.n. 94/2009 consente di ricondurre il concetto di "sicurezza urbana"alla materia della pubblica sicurezza in quanto l'intera disciplina dettata dalle norme impugnate si presenta coerente con una lettura della sicurezza urbana evocativa della sola attività di prevenzione e repressione dei reati. La Corte rileva, invece, che il riferimento alla locuzione "disagio sociale" rievoca situazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle sottese alla locuzione precedente: in primo luogo la norma prevede la possibilità di avvalersi della collaborazione di cittadini non armati al fine di segnalare eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana "ovvero" – e quindi in alternativa – situazioni di disagio sociale; in secondo luogo, la formula "disagio sociale", nella sua genericità si presta ad abbracciare una vasta platea di ipotesi di emarginazione o di difficoltà di inserimento dell'individuo nel tessuto sociale, che reclamano interventi ispirati a finalità di politica sociale, riconducibili segnatamente alla materia dei "servizi sociali". Pertanto, la Corte conclude per l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 40, della legge impugnata, per contrasto con l'art. 117, co. 4, cost., limitatamente alle parole "ovvero situazioni di disagio sociale".
Infine, la Corte dichiara non fondate le restanti questioni, concernenti l'art. 3, co. 41, 42 e 43, l. n. 94/2009, in quanto la dichiarata illegittimità costituzionale parziale dell'art. 3, co. 40, riconducendo l'attività delle associazioni di volontari, di cui il sindaco può avvalersi, nel perimetro della materia "ordine pubblico e sicurezza", rende la disciplina complementare recata dai commi successivi non incompatibile con i parametri costituzionali evocati. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: 1.7.2009, n. 196 *(Red. Mariella Iacono).*

Corte costituzionale, 24.6.2010, n. 225
Pubblico impiego - concorso pubblico - Stabilizzazione precari - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 52, della l. reg. Lazio 11.8.2009, n. 22 (Assestamento al bilancio annuale e pluriennale 2009-2011 della regione Lazio) - artt. 51 e 97 cost. - accoglimento.
La sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 51 e 97 cost., della norma regionale impugnata che attribuisce a soggetti che, in seguito ad una precedente selezione ad evidenza pubblica, abbiano ricoperto per almeno cinque anni consecutivi incarichi dirigenziali a tempo determinato nelle strutture della regione il diritto di essere immessi nel ruolo della dirigenza, su semplice domanda.
La Corte ha rilevato che il principio del pubblico concorso, disposto dall'art. 97 cost., e la necessità di consentire a tutti i cittadini l'accesso alle funzioni pubbliche, in base all'art. 51 cost, possono andare incontro a deroghe ed eccezioni quando è perseguito l'intento di valorizzare esperienze professionali maturate all'interno della amministrazione, mediante la previsione di trasformazione delle posizioni di lavoro a tempo determinato, già ricoperte da personale precario dipendente. È però indispensabile che tali eccezioni siano numericamente contenute in percentuali limitate, che l'assunzione corrisponda a una specifica necessità funzionale della stessa amministrazione e che sia valutata la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico.
Pertanto, nel caso in esame la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per contrasto con gli artt. 51 e 97 della Costituzione e in particolare con il principio del pubblico concorso. Infatti, la norma autorizza il personale dirigente, assunto in via precaria, ad essere stabilizzato su semplice domanda, senza idonea giustificazione della necessità funzionale dell'amministrazione e senza valutazione sulla professionalità e sull'operato di tali soggetti. In argomento, v. precedenti conformi, C. cost.: 17.3.2010, n.100; 15.1.2010, n. 9; 13.11.2009, n.293; 14.7.2009, n. 215; 9.11.2006, n. 363; 3.3.2006, n. 81. Da ultimo 4.6.2010, n. 195 *(Red. Rosa Valicenti).*

Corte costituzionale, 24.6.2010, n. 224
Pubblico impiego - funzioni dirigenziali - decadenza automatica - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 15, co. 6, l. reg. Lazio 16.6.1994, n. 18 (Disposizioni per il riordino del servizio sanitario regionale ai sensi del d.lgs. 30.12.1992, n. 502 e successive modificazioni e integrazioni. Istituzione delle aziende unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere) - artt. 97 e 98 cost.

- accoglimento.
Il Tribunale ordinario di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, co. 6, l.reg. Lazio 16.6.1994, n. 18, laddove dispone che "il direttore amministrativo e il direttore sanitario cessano dall'incarico entro tre mesi dalla data di nomina del nuovo direttore generale e possono essere riconfermati".
Secondo il giudice a quo, tale disposizione violerebbe gli artt. 97 e 98 cost. in quanto, in carenza di garanzie procedimentali, non assicurerebbe il principio di continuità dell'azione amministrativa, che è strettamente correlato a quello di buon andamento. Inoltre, non avrebbe senso l'abolizione della cessazione automatica dall'incarico per i direttori generali delle aziende sanitarie locali e ospedaliere ed il mantenimento dell'automatismo, invece, per i dirigenti di loro nomina.
La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata per violazione dell'art. 97 cost., in quanto la norma medesima contempla un meccanismo di decadenza automatica e generalizzata delle suddette funzioni dirigenziali. Ciò perché, secondo la costante giurisprudenza della Corte, i meccanismi di decadenza automatica, ove riferiti a figure dirigenziali non apicali - ovvero a titolari di uffici amministrativi per la cui scelta l'ordinamento non attribuisce, in ragione delle loro funzioni, rilievo esclusivo o prevalente al criterio della personale adesione del nominato agli orientamenti politici del titolare dell'organo che nomina - si pongono in contrasto con l'art. 97 cost., in quanto pregiudicano la continuità dell'azione amministrativa, introducono in quest'ultima un elemento di parzialità, sottraggono al soggetto dichiarato decaduto dall'incarico le garanzie del giusto procedimento e svincolano la rimozione del dirigente dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti. Precedenti conformi, v. C. Cost. 10.2.2010, n. 34; 24.10.2008, n. 351; 20.5.2008 n. 161 del 2008; 23.3.2007, n, 104 e n. 103 *(Red. Filippo Barbagallo).*

Corte costituzionale, 24.6.2010, n. 223
Circolazione stradale - uso autovelox su strade regionali – giudizio di legittimità costituzionale in via principale – L. reg. Campania 22.7.2009, n. 10 (Regolamentazione e uso degli apparecchi di misurazione della velocità "autovelox" sulle strade di proprietà regionale) - art. 117, co. 2, lett. h) e l), cost. - accoglimento.
La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. reg. Campania 22.7.2009, n. 10 (Regolamentazione e uso degli apparecchi di misurazione della velocità "autovelox" sulle strade di proprietà regionale), che vieta l'uso repressivo degli apparecchi di misurazione, rendendone impossibile l'utilizzo per l'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità e per l'applicazione del conseguente sistema sanzionatorio.
La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata perché in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. h) e l), cost., giacché interviene su temi attinenti alla sicurezza della circolazione stradale ed in materia di giurisdizione e ordinamento civile e penale, riservate alla competenza esclusiva dello Stato (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 17.6.2010, n. 221
Appalti pubblici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - art. 1, co. 5, lett. a), b), c) e 7, co. 9, l. reg. Friuli-Venezia Giulia 4.9.2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sviluppo economico regionale, sostegno al reddito dei lavoratori e delle famiglie, accelerazione di lavori pubblici) - artt. 117, co. 2, lett. e), l) e s); art. 4, co. 1, l. cost. 31.1.1963, n. 1 (Statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia) - accoglimento parziale.
Lo Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 5, lett. a), l. reg. Friuli-Venezia Giulia 4.9.2004, n. 11 per l'asserita violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e) e l), cost. La norma prevede infatti la non necessità della progettazione preliminare, per i lavori pubblici di minor entità, considerandola assorbita nell'approvazione dell'elenco annuale dei lavori.
La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che, pur essendo la materia dei "lavori pubblici di interesse regionale" di competenza della regione, quest'ultima è tenuta a legiferare "in armonia con la Costituzione, con i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, con le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e con gli obblighi internazionali dello Stato" (art. 4, co. 1, l. cost. n. 1/63). Ad avviso della Corte, invece, la norma impugnata contrasta con la disciplina nazionale della progettazione dei lavori pubblici, che attiene sia alla materia della tutela della concorrenza sia

a quella dell'ordinamento civile, in quanto "persegue il fine di assicurare la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative alla conformità alle norme ambientali e urbanistiche, nonché il soddisfacimento dei requisiti essenziali, definiti dal quadro normativo nazionale e comunitario".

Lo Stato, inoltre, ha impugnato l'art. 1, co. 5, lett. b) e c), della predetta legge regionale – nella parte in cui prevede che per l' aggiudicazione degli incarichi di progettazione, dà preferenza al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del prezzo più basso – asserendone il contrasto con l'art. 4, co. 1, l. cost. n. 1/1963, in relazione all'art. 117, co. 2, lett. e) e l), cost. La Corte dichiara non fondata la questione, in quanto la preferenza accordata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non si traduce in una esclusione, in via aprioristica e astratta, del diverso criterio del prezzo più basso (previsto dal Codice dei contratti pubblici come criterio alternativo), ma si sostanzia nella previsione di un mero ordine di priorità nella scelta, che non elimina il potere discrezionale della stazione appaltante di ricorrere all'altro criterio. Pertanto, la norma regionale non è suscettibile di alterare le regole di funzionamento del mercato e, dunque, non è idonea ad alterare i livelli di tutela della concorrenza fissati dalla legislazione nazionale.

Analogamente, la corte respinge la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 7, co. 9, della legge in parola, che dimezza i termini previsti dai singoli procedimenti di competenza della regione e degli enti locali correlati alla realizzazione di opere nel settore delle infrastrutture di trasporto, della mobilità e della logistica. Lo Stato ha dedotto l'asserita violazione della competenza statale in materia di tutela dell'ambiente, paventando il rischio che la norma impugnata ostacolerebbe il rispetto dei tempi stabiliti dalla normativa statale per i procedimenti relativi ad opere soggette a valutazione di impatto ambientale. La Corte, nel rigettare la questione, ha chiarito che la ridotta scansione temporale dei procedimenti regionali non integri di per sé una violazione delle norme statali evocate dal ricorrente, in quanto, in ogni caso, la regione è tenuta a garantire gli adempimenti previsti dalla disciplina statale. In argomento, v. precedenti conformi C. cost. 7.11.1995, n. 482; 23.11.2007, n. 401 *(Red. Mariella Iacono).*

Corte costituzionale, 17.6.2010, n. 216

Tributi regionali - violazione principi comunitari - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4 l. reg. Sardegna 11.5.2006, n. 4 (Disposizioni varie in materia di entrate, riqualificazione della spesa, politiche sociali e di sviluppo), quale sostituito dall'art. 3, co. 3, l. reg. Sardegna 29.5.2007, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione - L. finanziaria 2007) - art. 117 co.1 cost. - accoglimento.

La norma censurata istituisce e disciplina un' imposta regionale su aeromobili ed unità da diporto, applicabile, nel periodo dal 1° giugno al 30 settembre, a soggetti che assumono aeromobili o unità da diporto all'interno del territorio regionale e che hanno domicilio fiscale al di fuori della regione.

Con due distinti ricorsi il Presidente del Consiglio Dei Ministri aveva sollevato questione di legittimità costituzionale avverso la norma in oggetto deducendo la violazione dell'art. 117 co. 1 Cost per violazione delle norme del Trattato CE relative alla tutela della libera prestazione dei servizi (art. 49) alla libera concorrenza (art. 81) e al divieto di aiuti di Stato (art. 87) Con ordinanza n. 103 del 2008, la Corte aveva sospeso il giudizio sollevando questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia CE, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, con riferimento alla violazioni degli artt. 49 e 87 del Trattato CE.

Nella sentenza in commento la Corte costituzionale ha rilevato che la Corte di Giustizia, con sentenza 17.11.2009, C 169/08, ha dichiarato che la normativa regionale di cui trattasi è in contrasto con gli artt. 49 e 50 del Trattato concretandosi in una restrizione alla libera prestazione dei servizi. Questo perché l'imposta in questione grava unicamente sugli operatori aventi il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale senza assoggettare alla stessa imposta gli operatori stabiliti nel suddetto territorio. Inoltre, ha aggiunto la Corte di Giustizia, la suddetta imposta non trova giustificazione neppure sotto il profilo della tutela dell'ambiente, perché, anche a voler ammettere che gli aeromobili privati e le unità da diporto che fanno scalo in Sardegna costituiscano una fonte di inquinamento, questo non presenta alcun legame con il domicilio fiscale degli esercenti stessi, contribuendo gli aeromobili e le imbarca-

zioni dei residenti al degrado dell'ambiente tanto quanto quelli dei non residenti;
All'esito della suddetta sentenza della Corte di giustizia, la Corte costituzionale ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata per violazione dell'art. 117 co. 1 cost. ritenendo altresì assorbite le altre censure di incostituzionalità relative alla violazione degli artt. 87 e 81 del Trattato CE (Red. Rosa Valicenti).

Corte costituzionale, 17.6.2010, n. 215
Energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 4, co. 1, 2, 3 e 4, d.l. 1.07.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito, con modificazioni, dalla l. 3.08.2009, n. 102, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 1, co. 1, l. a), d.l. 3.08.2009, n. 103 (Disposizioni correttive del d.l. anticrisi n. 78 del 2009), convertito, con modificazioni, dalla l. 3.10.2009, n. 141 - artt. 117 e 118 cost. e principio di leale collaborazione - accoglimento.
La Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, co. 1, 2, 3 e 4, d.l. 1.07.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 1, co. 1, l. a), d.l. 3.08.2009, n. 103 (Disposizioni correttive del decreto–legge anticrisi n. 78 del 2009), nella parte in cui prevede che il Consiglio dei ministri possa individuare interventi relativi alla produzione, al trasporto ed alla distribuzione dell'energia, da realizzare con capitale prevalentemente o interamente privato, quando vi siano particolari ragioni di urgenza in riferimento allo sviluppo socio–economico e che tali interventi possono essere effettuati con mezzi e poteri straordinari.
La Corte ha chiarito che trattandosi della materia di produzione, trasmissione e distribuzione dell'energia, non può in astratto contestarsi che l'individuazione e la realizzazione dei relativi interventi possa essere compiuta a livello centrale, ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. La Corte ha però chiarito che quando un simile spostamento di competenze è motivato con l'urgenza, essa urgenza deve essere comprovata da valide e convincenti argomentazioni. Circostanza che la Corte non ha ravvisato sussistere nel caso di specie. In argomento, v. precedenti C. cost.:1.10.2003, n. 303, 13.01.2004, n. 6, 14.10.2005, n. 383 *(Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 17.6.2010, n. 214
Variazioni territoriali - circoscrizioni comunali - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 1, l. reg. Puglia 30.9.1986, n. 28 (Modifica della l. reg. 20.12.1973, n. 26 concernente norme in materia di circoscrizioni comunali) - art. 133 cost. - accoglimento.
Il TAR di Lecce ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l. reg. Puglia 30.9.1986, n. 28, che integra la precedente l. reg. 20.12.1973, n. 26, in materia di circoscrizioni comunali. In particolare, la disposizione impugnata prevede che "quando una modifica della circoscrizione territoriale ha luogo per effetto di permuta e/o di cessione di terreni fra comuni con termini che, d'accordo, ne regolino anche i rapporti patrimoniali ed economico-finanziari", alla modifica provvede il Presidente della Giunta regionale con proprio decreto, su conforme deliberazione della Giunta medesima.
La Corte accoglie il ricorso, chiarendo che la norma impugnata è in contrasto con quanto previsto del co. 2 dell'art. 133 cost., secondo cui le modifiche delle circoscrizioni comunali devono essere decise da leggi regionali (e non da altri provvedimenti), sentite le popolazioni interessate (ovvero a seguito di apposito referendum).
Per le stesse ragioni, la Corte estende la dichiarazione di incostituzionalità anche a parte dell'art. 2, l. reg. Puglia 30.09.1986, n. 26, che modifica l'art. 21, co. 4, lett. f), l. reg. Puglia 20.12.1973, n. 27, e a parte dell'art. 4 l. reg. Puglia 25.02.2010, n. 6. Entrambe le disposizioni integravano la norma originariamente impugnata e, assieme ad essa, escludevano la necessità della consultazione popolare. Precedenti conformi, v. C. cost., 19.07.2004, n.237; 06.07.1994, n. 279; 21.04.1983, n. 107; 29.12.1981, n. 204; 15.09.1995, n. 433; 07.04.2000, n. 94 *(Red. Elisa Lori).*

Corte costituzionale, 17.6.2010, n. 213
Concorso dirigenti - criteri selezione - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 8, co. 4 e 6, l. reg. Trentino Alto–Adige/Südtirol 15.7.2009, n. 5 (Norme di accompagnamento alla manovra finanziaria di assestamento per l'anno 2009) - artt. 51, 97 cost. - accoglimento.
La Corte ha dichiarato l'illegittimità costitu-

zionale dell'art. 24, co. 4 e 6, della l. reg. Trentino-Alto Adige 9.11.1983, n. 15 (Ordinamento degli uffici regionali e norme sullo stato giuridico e sul trattamento economico del personale), come modificato dall'art. 8, co. 2, della l. reg. Trentino-Alto Adige 15.07.2009, n. 5 (Norme di accompagnamento alla manovra finanziaria di assestamento per l'anno 2009), che stabilisce che la qualità di dirigente è conferita a seguito di concorsi pubblici per esami o per titoli ed esami o a seguito di concorsi per titoli riservati agli iscritti all'albo degli idonei alle funzioni dirigenziali e che, con regolamento, la Giunta definisce le ipotesi di ricorso alle diverse procedure concorsuali, le tipologie delle prove e le modalità di svolgimento degli esami, nonché i criteri di valutazione dei titoli.
La Corte ha in primo luogo chiarito che il concorso pubblico è la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego e che può derogarsi a tale regola solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici il cui vaglio di costituzionalità passa attraverso una valutazione di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore. Inoltre, l'accesso al concorso può anche essere condizionato al possesso di requisiti fissati dalla legge, allo scopo di consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nell'ambito dell'amministrazione, purché ciò non escluda riduca irragionevolmente le possibilità di accesso per tutti gli altri aspiranti, con violazione quindi del carattere pubblico del concorso.
Tutto ciò premesso, nel caso di specie la Corte ha ritenuto che la mancata determinazione dei criteri in base ai quali la Giunta, sulla scorta del co. 6 della norma censurata, è autorizzata a scegliere se procedere ad un concorso solo per titoli o anche per esami e la mancata individuazione di una percentuale di posti da riservare a concorso pubblico, lascia all'arbitrio dell'organo esecutivo la scelta del sistema di selezione del personale, rendendo astrattamente possibile l'obliterazione del criterio del concorso pubblico. Per tale ragione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 11.6.2010, n. 209
Urbanistica - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 107 *bis*, co. 6 e 7, l. provincia Autonoma di Bolzano 11.08.1997, n. 13 (Legge urbanistica provinciale) - artt. 3, 24, 102, 113, 117, co. 3, cost. - accoglimento.
Urbanistica - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 107 *bis*, co. 6 e 7, l. provincia Autonoma di Bolzano 11.8.1997, n. 13 (Legge urbanistica provinciale) - artt. 3, 24, 102 cost. - accoglimento.
Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino-Alto Adige ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via incidentale dell'art. 107-bis, co. 6 e 7, l. provincia autonoma di Bolzano 11.08.1997, n. 13 con riferimento agli artt. 3, 24, 102 cost. La Corte costituzionale ha ritenuto illegittime le disposizioni di legge oggetto di censura in quanto le medesime, realizzando con efficacia retroattiva rilevanti modifiche dell'ordinamento urbanistico, hanno inciso in modo irragionevole sul "legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto". Pertanto esse, ad avviso dei giudici costituzionali, ledono il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 cost.), l'effettività del diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24, co. 1, cost.) e l'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria (art. 102 cost.) (Red. Francesco Sampugnaro).

Corte costituzionale, 10.6.2010, n. 207
Tutela della salute - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 17, co. 23, lett. e), d.l. 1.7.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), conv., con mod., dalla l. 3.8.2009, n. 102 - artt. 117 e 119 cost. - accoglimento.
La regione Toscana ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, co. 23, lett. e), d.l. 1.7.2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 3.8.2009, n. 102, nella parte in cui aggiunge all'art. 71 del d.l. 25.6.2008, n. 112, i commi 5 bis e 5 ter. Secondo la ricorrente, infatti, sarebbe violata la competenza legislativa concorrente della regione in materia di tutela della salute e di organizzazione del servizio sanitario di cui all'art. 117, co. 3, cost., in quanto le norme impugnate, imponendo la gratuità delle visite fiscali, gravano del relativo onere le aziende sanitarie e, quindi, il fondo sanitario regionale, così vanificando la scelta organizzativa regionale di richiedere il pagamento delle prestazioni secondo una tariffa determinata.
Inoltre, secondo la regione Toscana, sarebbe

lesa anche l'autonomia finanziaria regionale di cui all'art. 119 cost. perché la regione, per garantire invariato il livello di assistenza sanitaria, si troverebbe costretta ad integrare il fondo sanitario regionale con proprie risorse finanziarie. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, in quanto, dopo aver stabilito che esse rientrano nella materia "tutela della salute", rimessa alla competenza legislativa concorrente, ha riconosciuto che alle stesse non può essere attribuita la natura di normativa di principio. Ciò in quanto la disciplina introdotta dai commi 5-bis e 5-ter non lascia alcuno spazio di intervento alla regione non solo per un'ipotetica legislazione ulteriore, ma persino per una normazione secondaria di mera esecuzione, con l'effetto, peraltro, di vincolare risorse per l'effettuazione di una prestazione che non rientra nella materia di competenza esclusiva dello Stato di cui al già citato art. 117, co. 2, lett. m), cost., incidendo, in tal modo, anche sull'autonomia finanziaria della regione, tutelata dall'art. 119 cost. (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 4.6.2010, n. 195

Pubblico impiego - concorso pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - l. reg. Lazio 16.4.2009, n. 14 (Disposizioni in materia di personale) - art. 97 cost. - accoglimento.

La legge regionale censurata ha disposto l'inquadramento in un livello superiore di un vasto numero di dipendenti regionali (tra cui anche molti dirigenti) in base ad un'asserita necessità di "perequazione" con altre tipologie di personale proveniente da altre amministrazioni. Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale, il concorso pubblico, quale "forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni", è necessario non soltanto nelle "ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio, che comunque costituisce una forma di reclutamento". La sentenza ribadisce che il legislatore può derogare al principio del concorso pubblico solo in caso di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico. Tali esigenze devono essere giustificate con riferimento alla peculiarità delle funzioni che il personale da reclutare è chiamato a svolgere, riferirsi a specifiche necessità funzionali delle amministrazioni ed essere desumibili dalle funzioni svolte dal personale reclutato. In relazione al caso specifico, la sentenza esclude che ragioni perequative dei trattamenti dei dipendenti in servizio possano giustificare la deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, in quanto collegate ad un particolare interesse degli stessi dipendenti beneficiari della deroga piuttosto che alle necessità funzionali delle amministrazioni o alla peculiare natura delle funzioni attribuite. Precedenti conformi C. cost. 17.3.2010, n.100; 15.1.2010, n. 9; 13.11.2009, n.293; 14.7.2009, n. 215; 9.11.2006, n. 363; 3.3.2006, n. 81. Da ultimo, 14.6.2010, n. 225 *(Red. Rosa Valicenti).*

Corte costituzionale, 4.6.2010, n. 194

Energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 3, co. 1, l. reg. Molise 7.8.2009, n. 22 (Nuova disciplina degli insediamenti degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nel territorio della regione Molise) - artt. 117, co. 3, 3 e 97 cost. - accoglimento.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, co. 1, l. reg. Molise 7.8.2009, n. 22 (Nuova disciplina degli insediamenti degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nel territorio della regione Molise), in quanto, attribuendo ai comuni la competenza autorizzativa degli impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili con capacità di generazione non superiore a 1 Mw elettrico, secondo le procedure semplificate stabilite dalle "linee guida" regionali, porrebbe una disciplina contrastante con quella nazionale di settore, costituita dall'art. 12 d.lgs. 29.12.2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla produzione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità). Quest'ultima, infatti, affida alle regioni o alle province delegate il rilascio dell'autorizzazione unica alla costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e assoggetta alla sola denuncia di inizio attività (DIA) gli impianti stessi, unicamente quando la loro capacità di generazione sia inferiore alle soglie individuate dalla tabella A, con possibilità di deroga alle soglie di capacità di generazione e alle caratteristiche dei siti di installazione per i quali è applicabile la disciplina della DIA, solo con decreto interministe-

riale, d'intesa con la Conferenza unificata.
In argomento, v. precedenti conformi C. cost.:6.11.2009, n. 282; 9.11.2006, n. 364; 14.10.2005, n. 383 *(Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 4.6.2010, n. 193
Ambiente - caccia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - artt. 5, co. 1, lett. c), 7, co. 2, lett. *a*), n. 3 e n. 4, e lett. *d*), n. 1, 8, co. 4, 26, co. 1, 27, co. 3, e all. B della l. regione Piemonte 29.6.2009, n. 19 (Testo unico sulla tutela delle aree naturali e della biodiversità) - Artt. 117, co. 2, lett. *s*), e co. 3, 118 cost. - accoglimento.
La legge in oggetto aveva dettato norme finalizzate in primo luogo a consentire l'attività venatoria nelle zone naturali di salvaguardia e, in secondo luogo, ad affidare ai gestori dei parchi naturali regionali e delle riserve speciali i compiti di tutela, valorizzazione e gestione del patrimonio storico-culturale e architettonico al di fuori di ogni forma di cooperazione con lo Stato. Il Governo ha ritenuto che le sopraindicate norme si pongano in violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), cost., nonché con alcune disposizioni del d.lgs. 22.1.2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), che attribuiscono allo Stato le funzioni di tutela in materia di patrimonio culturale. La Corte ha ritenuto meritevoli di accoglimento i profili di legittimità costituzionali sollevati. Per quanto attiene la prima censura, la Corte rileva che, pur non essendo la zona naturale di salvaguardia ricompresa nella tipologia di area protetta così come prevista dalla legislazione statale, il divieto di attività venatoria – disciplinato dall'art. 22, co. 6, della legge quadro n. 394 del 1991 per i parchi e le riserve naturali regionali (ovvero per le aree protette regionali previste e consentite dalla legislazione statale) – si applica anche alle zone in questione, dato che il fine di protezione della fauna è connaturato alla funzione propria di qualsiasi area protetta. Riguardo all'affidamento ai gestori dei parchi naturali regionali e delle riserve speciali del compito di tutelare il patrimonio storico-culturale e architettonico, la Corte precisa che, disponendo autonomamente – e al di fuori di ogni forma di cooperazione con lo Stato – l'assegnazione di compiti di tutela, valorizzazione e gestione del patrimonio culturale ai gestori dei parchi naturali regionali e delle riserve speciali, la regione Piemonte ha operato in contrasto con il riparto delle funzioni previsto dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 42 del 2004 e, quindi, con gli artt. 117 e 118 cost.. Infine, il Giudice delle Leggi ricorda che la legge regionale non può rendere subito vincolanti e prevalenti sugli altri piani territoriali o urbanistici i cc.dd. piani di area delle aree naturali protette e i piani naturalistici con valore di piani di gestione dell'area protetta (Red. Giustino Lo Conte).

«::::::::: GA :::::::::»

URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

NOTA ESPLICATIVA SULLA SCIA – MINISTERO PER LA SEMPLICAZIONE NORMATIVA – UFFICIO LEGISLATIVO (PROT. 1340 DEL 16.9.2010

Oggetto: Segnalazione certificata di inizio attività. Art. 9 coo. 4 - bis e seguenti, l. 122 del 2010.

In riscontro alla richiesta di chiarimenti inoltrata a questo Ufficio circa l'ambito di applicazione alla materia edilizia delle disposizioni indicate in oggetto (prot. 1259 del 30.08.2010), acquisito l'avviso degli Uffici legislativi dei ministeri delle infrastrutture e dei trasporti (prot. 37109 del 14.9.2010) e per la pubblica amministrazione e l'innovazione prot. 564 del 10.9.2010), si rappresenta quanto segue.

1.- Com'è noto, l'art. 49, co. 4 - bis del d. l. 31.5.2010, n 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122 disciplina la segnalazione certificata di inizio attività (Scia), sostituendo integralmente la disciplina della dichiarazione di inizio attività contenuta nel previgente art. 19 della l. 7.8.1990 n. 241.

Tale riforma risponde ad una logica di riduzione degli oneri amministrativi fortemente innovativa e migliorativa per il privato, consentendogli di intraprendere un'attività economica sin dalla data di presentazione di una mera segnalazione all'amministrazione pubblica competente.

La Scia, infatti, consente di iniziare l'attività immediatamente e senza necessità di attendere la scadenza di alcun termine, ciò traducendosi in una sostanziale accelerazione e semplificazione rispetto alla precedente disciplina contenuta nell'art. 19 della l. 241 del 1990, che prevedeva il decorso del termine di trenta giorni prima di poter avviare l'attività oggetto della Dia e legittimava l'esercizio di poteri inibitori da parte dell'amministrazione entro l'ulteriore termine di trenta giorni dalla comunicazione di avvio della medesima attività.

Il legislatore nazionale si era già mosso in tale direzione con il d.lgs. 26.3.2010 n. 59, di recepimento della direttiva del Parlamento europeo ed il Consiglio del 12.12.2006 n. 123 (c.d. "Direttiva Servizi"), che, modificando l'art. 19 della l. n. 241 del 1990, ha introdotto la Dia "ad effetto immediato", rispetto alla quale la nuova disciplina della Scia si pone in linea di assoluta continuità. Ai sensi dell'art. 19, co. 1, nel testo novellato, la Scia tiene luogo di"ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale, il cui rilasci dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o di a i amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessi o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi" ed è corredata dalla documentazione specificamente richiesta dalla normativa di settore.

In particolare, la norma richiede espressamente che alla segnalazione certificata di inizio attività siano allegate, tra l'altro, le "attenzioni e asseverazioni di tecnici abilitati", con gli elaborati progettuali necessari per consentire le verifiche successive di competenza dell'amministrazione.

2-Tanto rilevato, è avviso dello scrivente Ufficio che il quesito in ordine all'applicabilità

della disciplina della segnalazione certificata di inizio attività alla teoria edilizia non può che trovare risposta positiva, sulla base dei seguenti argomenti.

In primo luogo, assume rilievo l'argomento letterale, giacché ai sensi del co. 4- ter dell'art. 49 della l. 122 del 2010, le espressioni "segnalazione certificata di inizio attività" e "Scia" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio attività" e "Dia", "ovunque ricorrano anche come parte di un 'espressione più ampia ", sia nelle normative statali che in quelle regionali. Il medesimo comma stabilisce, altresì, che la disciplina della Scia contenuta nel novellato art. 19 della l. n. 241 del 1990 "sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale". In secondo luogo, nel confronto con la previgente formulazione dell'art. 49 deve evidenziarsi come il legislatore abbia omesso di indicare la Dia edilizia tra quelle oggetto di espressa esclusione dall'ambito applicativo della disposizione (coo. 1 e 5 primo periodo). Invero, nella previgente formulazione il legislatore aveva escluso dall'ambito applicativo della dichiarazione di inizio attività quella in materia edilizia, laddove aveva disposto che "Restane ferme le disposizioni di leggi vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai coo. 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti" (art. 19 co. 4). Analoga clausola di salvezza non compare nel vigente art. 19.

In terzo luogo, la già evidenziata previsione secondo cui la segnalazione certificata di inzio attività è corredata non solo dalle certificazioni ed attestazioni ma anche dalle "asseverazioni" di tecnici abilitati - riferimento non presente nel previgente art. 19 stabilito dalla disciplina della Dia edilizia contenuta nell'art. 23 del d.P.R. 6.6.2001 n. 380, la quale richiede, preliminarmente all'avvio dell'attività edilizia "dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie". Lo specifico, nuovo riferimento alle asseverazioni tipiche della DIA edilizia, induce a ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi anche alle certificazioni ed attestazioni concernenti la suddetta fattispecie.

In quarto luogo, che la disciplina della Scia sia destinata a sostituire integralmente, con i limiti di seguito enunciati, quella della Dia edilizia appare, altresì, confermato dai lavori preparatori della legge di conversione del d.l. n. .78 del 2010 (AS 2228).

In particolare, il dossier di documentazione predisposto dal Servizio Studi del Senato suggerisce la seguente lettura della disposizione: "La norma ha anche un profilo abrogativo della normativa statale difforme, per cui si deve intendere che ad essa va ricondotta anche la denuncia di inizio di attività edilizia, disciplinata dagli artt. 22 e 23 del d.P.R. 380 del 2001".

Ulteriore, rilevante argomento a sostegno della tesi esposta si desume dalla previsione dell'art. 49, co. 4-ter, primo periodo, della l. n. 122 del 2010, secondo cui la discplina della Scia, tra l'altro, "costituisce livello essenziale delle prestazioni sociali ai sensi della lett. m) dell'art. 117, cost. co 2. In virtù delle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009, già l'art. 29 co. 2 ter della l. 241 del 1990 stabiliva l'attinenza ai livelli essenziali delle prestazioni di cui alla stessa lett. m) delle disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio attività.

La riproduzione del principio all'interno della disciplina della Scia conferma l'intenzione del legislatore statale di assicurare massima portata applicativa alla disposizione, con salvezza delle sole materie espressamente escluse.

Per le stesse ragioni qui esposte, va precisato che la disciplina della Scia si applica alla materia edilizia mantenendo l'identico campo applicativo di quella della Dia, senza quindi interferire con l'ambito applicativo degli altri titoli abilitativi (es. permesso di costruire, caratterizzato da una disciplina puntuale e compiuta contenuta nel testo unico edilizia, alla quale non appare riferibile né sul piano

letterale, né su quello funzionale, quella della nuova Scia).

L'estensione della disciplina della Scia anche al permesso di costruire, ovvero alla Dia alternativa al permesso di costruire, determinerebbe, nella sostanza, l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 oltre i confini sopra delineati. Peraltro, all'estensione sembra di ostacolo la disciplina speciale della Dia di cui all'art. 22, coo. 3 e 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, la quale è dal legislatore forgiata sulla falsariga di quella del permesso di costruire. In tal senso depongono le univoche previsioni dell'art. 38, co. 2-bis, che fa riferimento alla "formazione del titolo", e dell'art. 39, co. 5-bis, secondo cui le disposizioni in materia di annullamento da parte della Regione del permesso di costruire si applicano anche alla Dia alternativa al permesso di costruire.

3- L'accertata applicabilità della disciplina della Scia alla Dia edilizia pone l'ulteriore nodo interpretativo dei rapporti con le discipline statali e regionali previgenti incompatibili, non abrogate espressamente dall'art. 49 della l. n. 122 del 2010.

Come si è detto, l'art. 49, co. 4-ter, introduce, a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 78 del 2010, un meccanismo di sostituzione automatica della disciplina della Scia a quella della Dia, anche edilizia.

La conclusione che precede impone un ulteriore chiarimento ermeneutico, con riferimento agli interventi edilizi realizzabili con Dia alternativa rispetto al permesso di costruire.

L'art. 22, co. 3, del d.P.R.. n. 380 del 2001 determina casi in cui interventi edilizi soggetti a permesso di costruire possono essere realizzati alternativamente con Dia, e il successivo co. 4 riconosce alle Regioni a statuto ordinario la facoltà di ampliare o ridurre l'ambito applicativo del precedente comma. Di qui il problema del rapporto tra la disciplina della Scia e quella della Dia alternativa al permesso di costruire, e segnatamente del rapporto tra la disciplina della Scia e quella contenuta nelle leggi regionali che, in attuazione della previsione dell'art. 22, co. 4, del d.P.R n. 380 del 2001, hanno introdotto ulteriori casi di alternatività tra Dia e permesso di costruire.

Al riguardo, è avviso dello scrivente Ufficio che la disciplina della Scia non si applichi alla Dia alternativa al permesso di costruire e che le leggi regionali previgenti con le quali è stata esercitata la facoltà prevista dall'art. 22, co. 4, del d.P.R. n. 380 del 2001 non siano state incise dall'entrata in vigore dell'art. 49 della l. n. 122 del 2010.

A tale conclusione conduce quanto già evidenziato con riferimento ai titoli edilizi diversi dalla Dia, ed in particolare con riferimento al permesso di costruire, al quale non risulta applicabile la disciplina della Scia.

Con particolare riguardo alle leggi regionali recanti ulteriori casi di Dia alternativa al permesso di costruire, la predetta conclusione appare peraltro conforme sia ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 49 della l. n. 122 del 2010, che salvaguardi la potestà legislativa regionale di estendere, oltre i confini dell'intervento statale ed in attuazione dell'art. 22, co. 4, del testo unico edilizia, l'istituto della Dia edilizia, sia alla previsione dell'art. 29, co. 2-quater della l. n. 241 del 1990, la quale riconosce alle Regioni, nella disciplina dei procedimenti amministrativi di propria competenza, la facoltà di prevedere livelli ulteriori di tutela rispetto a quelli garantiti dalle disposizioni statali attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai precedenti coo. 2-bis e 2-ter.

4-Delineato nei termini sopra enunciati l'ambito applicativo del novellato art. 19 della l. n. 241 del 1990 con riferimento alla materia edilizia, eccone chiarire i seguenti ulteriori aspetti di rilievo:

- in caso di intervento edilizio in zona sottoposta a vincolo, permane l'onere di acquisizione ed allegazione alla segnalazione certificata dello specifico atto di assenso dell'ente preposto alla tutela del vincolo stesso; tale atto, in virtù della espressa previsione dell'art. 19, co. 1, della l. n. 241 del 1990 ("con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali"), non può essere sostituito dal a Scia;

- per le Dia edilizie presentate prima dell'entrata in vigore della novella dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990, anche nell'eventualità in cui alla data di entrata in vigore non fosse ancora decorso il termine

per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione, la disciplina applicabile non può che essere quella vigente al momento della presentazione della Dia, salva la possibilità per il privato di avvalersi degli effetti della novella presentando, per il medesimo intervento, una Scia.

Il Capo dell'ufficio legislativo (Giuseppe Chiné).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

L'USO DEL TERRITORIO PER L'INSTALLAZIONE DI IMPIANTI EOLICI: POTERE DELL'AMMINISTRAZIONE COMUNALE

degli Avv.ti Antonio Cordasco e Luca Fiasconaro

Vi è il potere dell'amministrazione comunale a disciplinare l'uso del territorio al fine di procedere alla distribuzione razionale degli impianti eolici

Il regolamento comunale programma l'insediamento di impianti eolici nel proprio territorio.

Tale regolamentazione rappresenta una formazione programmata, tecnicamente diversa rispetto quella di cui al regolamento urbanistico comunale.

Detto regolamento quindi, non può e non deve interporsi con lo strumento di programmazione urbanistica.

La conseguenza è che tale normativa, laddove adottata, è autonoma rispetto a quella urbanistica, tant'è che la eventuale previsione locale e territoriale dello strumento non incide sull'assetto urbanistico del territorio e quindi, non può costituire variante allo strumento urbanistico vigente.

Da ciò consegue che la normativa vigente in materia (d. lgs. n. 387/2003), non esclude il potere del comune di ridistribuire l'intero assetto territoriale comunale per procedere ad una distribuzione degli impianti eolici; ciò anche e soprattutto al fine di ottimizzare la realizzazione in ragione delle sempre più frequenti domande di autorizzazione e, soprattutto, per riequilibrare i rapporti tra impianti eolici con potenza superiore a 1 Mw e impianti di micro generazione (TAR Campania, Na, VIII, 22.7.2010, n. 16938).

In particolare, nell'orientamento giurisprudenziale citato, alcuni abitanti hanno impugnato l'atto deliberativo di consiglio che ha approvato il regolamento comunale di programmazione per l'insediamento di impianti eolici.

Il Giudice Campano ha ritenuto che l'atto impugnato si fondi su un potere discrezionale dell'amministrazione comunale di individuare le scelte migliori per disciplinare l'uso del territorio.

In tale circostanza, il Giudicante ha precisato che *" … dall'esame degli atti impugnati emerge infatti che, stante la favorevole posizione del territorio comunale … il comune … ha ricevuto numerose richieste di autorizzazione per la realizzazione di parchi eolici ed ha quindi ritenuto opportuno dotarsi di un atto di pianificazione al fine di disciplinare gli interventi da assentire. A tal fine, con il regolamento impugnato, esso ha proceduto ad una ricognizione delle zone attualmente interessate da progetti di impianti eolici con potenza superiore a 1 Mw …"*.

Non va dimenticato al riguardo che l'impianto eolico incide sensibilmente sull'assetto del territorio e quindi sul relativo paesaggio. Ciò che impone quindi all'amministrazione, nell'adottare il relativo regolamento comunale, di contemperare le esigenze rappresentate dall'impianto eolico fonte di energia pulita e rinnovabile, con quello del paesaggio circostante su cui l'impianto andrà ad incidere.

Nella sentenza in commento infatti, il Giudice ha ritenuto che le tecnologie rappresentate dalla realizzazione di impianti eolici *" … mettono in conflitto due interessi che in passato erano stati considerati come un'endiadi: l'ambiente ed il paesaggio. L'esigenza di tutelare l'ambiente, infatti, impone di incrementare gli impianti eolici; quella di tutelare*

il paesaggio imporrebbe invece di impedirne la realizzazione: ambiente e paesaggio, dunque, risultano concetti distinti, anzi collidenti".

Coerente è pertanto la scelta di un'amministrazione comunale che nell'adottare il regolamento per la distribuzione di impianti eolici, contempli gli interessi in conflitto per la ottimizzazione nella realizzazione degli stessi impianti che tenga conto del paesaggio nel quale questi andranno ad incidere.

Giova comunque ricordare che in data 18.9.2010 è stato pubblicato nella G.U. n. 219, il d.m. 10.09.2010 recante le Linee Guida per l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti alimentati da fonti rinnovabili, il quale prevede un apposito allegato per gli impianti eolici industriali e risolve il problema concernente la frammentazione normativa in materia, assicurando un corretto inserimento degli impianti nel paesaggio.

D'altronde, già il Consiglio di Stato in materia, aveva auspicato siffatta regolamentazione, dapprima con l'Ad. plen. n. 9/2001 e successivamente, con la sentenza n. 1013 del 22.2.2010.

In tale circostanza, infatti, il Giudice amministrativo ha evidenziato l'attualità e la delicatezza della problematica inerente il potenziale contrasto tra l'interesse ambientale, perseguibile attraverso lo sviluppo di impianti che producano energia da fonti rinnovabili, e quello paesaggistico, potenzialmente leso dalla realizzazione di tali impianti.

In particolare, si precisa che le menzionate Linee Guida prevedono a carattere generale, quali elementi per la valutazione positiva dei progetti, la buona progettazione degli impianti, il minore consumo possibile di territorio, il riutilizzo di aree degradate (cave, discariche, ecc.), soluzioni progettuali innovative, coinvolgimento dei cittadini nella progettazione, ecc.

Pertanto, l'orientamento del Tar Campania citato, deve essere contemperato a fronte delle prescrizioni dettate dal predetto decreto ministeriale, salvi ovviamente gli opportuni recepimenti che saranno adottati a carattere locale.

Le regioni e gli enti locali cui compete il rilascio delle relative autorizzazioni, infatti, dovranno adeguare le proprie norme alle predette Linee Guida, in vigore dal 3.10.2010, entro i 90 giorni successivi a tale data, cioè entro il 1.1.2011.

«::::::::: GA :::::::::»

ACCERTAMENTO, PRESCRIZIONE DEL REATO DI LOTTIZZAZIONE ABUSIVA E CONFISCA

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni e Avv. Sergio Fifi

Al fine della confisca dei terreni abusivamente lottizzati a seguito dell'accertamento definitivo del reato di lottizzazione abusiva è necessario, che il delitto de qua sia stato accertato sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo con adeguata motivazione del giudicante

La lottizzazione abusiva si può definire, con buona approssimazione, come le attività materiali o negoziali (rispettivamente dette lottizzazione abusiva materiale e lottizzazione abusiva negoziale o giuridica)[1] volte a utilizzare e pianificare il territorio a scopi edilizi, in mancanza di un piano di lottizzazione o di altro equipollente strumento attuativo del piano regolatore generale, limitando così e condizionando, con ostacoli di fatto e di diritto, la riserva pubblica di programmazione territoriale[2].

In linea generale, la responsabilità per la contravvenzione in esame si attribuisce a tutti i soggetti che abbiano concorso a realizzare la fattispecie lottizzatoria[3].

Quindi, per dottrina e giurisprudenza[4], si può far riferimento al proprietario del terreno lottizzato, all'acquirente del predetto o del singolo lotto o di più lotti, ai tecnici o altri soggetti qualificati che con la loro attività o opera abbiano contribuito a realizzare il reato, come pure il sindaco o altri soggetti della pubblica amministrazione che, con la propria attività, abbiano contribuito alla lottizzazione.

Meno scontata la posizione del notaio, con riferimento particolare alla lottizzazione abusiva negoziale.

L'attività del professionista è sì presa in considerazione dal d.P.R. n. 380/2001, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, agli artt. 30 e 47, ma il profilo di responsabilità penale non viene toccato.

Per il ruolo che riveste, egli è meglio di chiunque altro in grado di valutare la direzione e lo scopo di atti giuridici per i quali se ne richiede l'intervento.

La responsabilità, pertanto, è riconosciuta, seppure con ben delineati limiti[5], individuati nella autenticazione delle sottoscrizioni, ad esempio: ove non sia stata compiuta attività ulteriore a questa, la condotta del notaio non sarà di per sé censurabile, ferma la eventuale responsabilità, anche al di fuori del concorso, nel caso in cui l'agito concreto configuri diverse ipotesi criminose.

L'art. 44, co. 2 del d.P.R. n. 380/2001 (già art. 19 della l. n. 47/85), che, dopo l'individuazione della fattispecie ad opera dell'art. 30, disciplina e sanziona la lottizzazione abusiva prevede, inoltre, che, *"La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione.*

La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari".

Detta confisca non va confusa con quella,

[1] Esistono, ovviamente, nella casistica, episodi di lottizzazione abusiva c.d. mista.

[2] La definizione, assai efficace, anche con riferimento alle varie configurazione della contravvenzione, è di RAMACCI, Diritto Penale dell'Ambiente, Padova, 2007, 149 e segg.

[3] Sul punto, si veda RAMACCI, Diritto Penale dell'Ambiente, cit., 153 e segg.

[4] Così ex pluribus, Cass. Pen., Sez. III,, 10.5.1988, n. 5766, Acanfora; Id., Sez. III, 30.9.1995, n. 10061, Barletta e aa.; Id., Sez. III, 29.8. 2002, n. 30141, Drago, in cui si precisa che possa essere responsabile anche il tecnico comunale capo della Ripartizione edilizia privata che abbia apposto il visto sulla licenza edilizia, condotta che conferisce una valutazione positiva all'agito dei funzionari preposti, inserendosi così con efficacia causale nella determinazione dell'evento, passaggio obbligato nella sequenza procedimentale.

[5] Si veda, in giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. Un., 28.2. 1990, n. 2720, Cancilleri; in dottrina, BRESCIANO – PADALINO MORICHINI, I reati urbanistici, Milano, 2000, 213 e segg.

avente natura di misura di sicurezza, prevista dall'art. 240 del codice penale: i terreni oggetto di abuso e gli edifici che vi insistono sono acquisiti al patrimonio del comune, non dello Stato; inoltre, non sono intrinsecamente pericolosi.

La misura della confisca richiamata, piuttosto, ha natura di sanzione amministrativa[6], obbligatoria rispetto al delitto di lottizzazione abusiva.

Tanto la lettura della norma, quanto le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali, come pure il confronto con l'art. 31, ultimo comma del t.u. in esame, consentono di affermare che la confisca consegue comunque, in ogni caso in cui il giudice abbia accertato il fatto di lottizzazione abusiva.

In effetti, occorre osservare come, a differenza che nell'art. 31, che funge da termine di paragone per individuare lo stile normativo del legislatore, e in cui si fa espresso riferimento all'ordine di demolizione come conseguenza e contenuto di una sentenza di condanna, da quest'ultima l'art. 44 pare prescindere, basandosi sul semplice materiale accertamento provato della contravvenzione.

Questo significa che la sanzione amministrativa può essere irrogata anche ove non sussistano i presupposti per l'irrogazione della sanzione penale perché, ad esempio, è intervenuta l'estinzione del reato per sopraggiunto decorso della prescrizione.

La misura amministrativa ha natura reale e non personale: pertanto, ancora recentemente veniva irrogata anche in danno dei terzi proprietari in buona fede estranei ai fatti, i quali non potevano ottenere la revoca della confisca o del sequestro preventivo ad essa prodromico in tema di lottizzazione abusiva dal giudice penale, ma semmai, dovevano accontentarsi di potersi rivolgere al giudice civile per un'azione patrimoniale[7]. Sotto detto profilo, fortunatamente, l'orientamento è cambiato, grazie all'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla sentenza Matarrese[8] sul cosiddetto *"caso Punta Perotti"* e sulla quale, in effetti, molto si è detto e discusso.

La sentenza della CEDU del 30.8.2007 e del 20.1.2009 sovverte l'ordine costituito in tema, affermando che la confisca in danno di soggetti nei confronti dei quali non sia stata accertata una condotta di partecipazione dolosa o colposa alla lottizzazione abusiva è del tutto *"arbitraria"*.

Una simile ablazione del diritto di proprietà, infatti, viola gli artt. 7 e 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

La natura di *"pena"* della confisca prevista dall'art. 44 d.P.R. 380/2001 osta all'applicazione della misura nei confronti dei soggetti che non abbiano partecipato al reato di lottizzazione abusiva e che non risultino indagati né imputati per detto reato.

Nessuna ablazione del diritto di proprietà può intervenire, dunque, a danno del proprietario del suolo interessato da una lottizzazione abusiva, in assenza del positivo accertamento, nella sua condotta, di un coefficiente soggettivo di partecipazione al reato, connotato quanto meno da profili di colpa.

È d'uopo, a questo punto, conformarsi al nuovo orientamento dei Giudici di Strasburgo.

Né l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea configura una lesione della sovranità della giurisdizione nazionale.

Afferma, infatti, la Suprema Corte, che *"il legislatore italiano ha accettato incondizionatamente la forza vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo, come dimostrano la l.15.12.2005 n. 280 (entrata in vigore il 6.1.2006), di ratifica senza riserve, da parte dell'Italia, del Protocollo n. 14 alla Convenzione, e la l. 9.1.2006 n. 12 (Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo"*[9].

---

[6] V. Cass. Pen., Sez. III, 23.6. 2004, n. 1124, Collivignarelli e aa; Id., Sez. III, 23.9. 2004, n. 41757, Pignatiello e aa.; Id., Sez. III, 18.11.1997, n. 3900, Farano.

[7] V., al riguardo, Cass. Pen., Sez. III, 4.12.1995, n. 4262; Id., Sez. III, 7.7.2004, n. 38278; Id., Sez. III, 3 marzo 2005 n. 10916, Visconti; Id., 22.3. 2005, n. 17424, Ag demanio in proc. Matarrese e aa., per cui la confisca deve estendersi a tutta l'area oggetto della lottizzazione, pur ancora non divisa in lotti, non oggetto di iniziative materiali, non oggetto di alienazione, atteso che anche tali parti hanno perso la loro originaria vocazione e destinazione rientrando nel progetto lottizzatorio.

[8] Si veda nota n. 7, supra.

[9] Si veda Cass. Pen., Sez. III, 12.6.2006 n. 32678, Somogyi.

In questo rinnovato contesto si è innestata la sentenza della Corte di cassazione penale, Sez. III, 20.7.2010 (c.c. 22.4.2010), n. 28238.

Più aspetti vengono messi a fuoco, saldamente legati.

Uno, consolidato, per cui la sentenza di condanna non costituisce presupposto indefettibile della confisca.

Può accadere, infatti, che la sentenza di condanna non possa intervenire, pur essendo stato accertato l'illecito penale, perché, come detto, è intervenuta prescrizione del reato, che comporta estinzione del reato e relativa sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 531 c.p.p.

Ciò nulla sposta, però, in merito alla rigorosità, anche soggettiva dell'accertamento.

Il secondo punto importante, legato al primo assunto, infatti, è l'abbraccio forte dato alla decisione della Corte Europea sopra accennata. La confisca non viene disposta nei confronti dei terzi estranei al fatto e in buona fede[10], orientamento, come detto, consolidatosi piuttosto di recente[11].

L'art. 44 d.P.R. n. 380/2001, a tenore del quale all'accertamento definitivo del reato di lottizzazione abusiva consegue *"la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite"*, deve essere oggi interpretato in modo conforme alle pronunce suddette.

È, dunque, necessario, che il delitto de qua sia stato, comunque, accertato sia sotto il profilo oggettivo, che soggettivo.

In altre parole, condotta, evento, nesso di causalità e pure elemento psicologico debbono essere ravvisati.

Quest'ultimo, quantomeno, sotto il profilo della colpa[12], ovverosia, della negligenza, imprudenza e/o difetto di vigilanza a carico del soggetto sul cui patrimonio la misura venga ad incidere, per cui lo stesso debba subire almeno la sanzione amministrativa del reato.

Di ciò, il giudicante, darà atto con motivazione adeguata, in mancanza di che, nessun provvedimento potrà essere adottato a pregiudizio delle posizioni soggettive del proprietario. Traguardo, questo raggiunto, di non poco conto.

Letta la sentenza in esame, inoltre, per l'adozione della misura ablatoria che, non adottata dal giudice di merito, si pretenda di ottenere (da parte del comune, evidentemente) in esecuzione, è indispensabile la richiesta del soggetto interessato, poiché non rientra nei poteri del giudice disporla de plano, ossia d'ufficio.

L'art. 676 del c.p.p., in tal senso, stabilisce i casi tassativi in cui il giudicante possa disporre la omonima misura di sicurezza patrimoniale.

È, quindi, necessario, in fase di esecuzione, avviare un apposito c.d. incidente mediante istanza (di parte), ai sensi dell'art. 666 c.p.p., che sarà conosciuto dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 665 c.p.p.

Nel caso di specie, il reato non è stato adeguatamente accertato.

In effetti, è stato osservato come non fossero emersi elementi di evidente non colpevolezza degli imputati.

L'art. 129 c.p.p. impone al giudice di pronunciare sentenza di assoluzione, prima e in luogo di quella di estinzione del reato (ad esempio per prescrizione), solo ove i presupposti di quella gli appaiano evidenti: per questo, era stata dichiarata l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Ben altra attività istruttoria e ben altri riscontri probatori, però sarebbero stati necessari per poter affermare la sussistenza del fatto e la sostanziale colpevolezza degli autori titolari di diritti reali.

Né, d'altro canto, questo sarebbe stato pos-

[10] Si veda Cass. Pen., Sez. III, 9.7. 2009, Contò, in Edilizia e Urbanistica, 2009, n. 34, 2540; Id., Sez. III, 29.9.2009, n. 42178, secondo la quale "il terzo acquirente di un immobile abusivamente lottizzato, pur partecipando materialmente con il proprio atto di acquisto al reato di lottizzazione abusiva, può subirne la confisca solo nel caso in cui sia avvisabile una condotta quantomeno colposa in ordine al carattere abusivo della lottizzazione negoziale e/o materiale."

[11] Cfr. ex multis, Cass., Sez.III, 17.11.2008 n. 42741, Silvioli; Id., Sez. III, 29.4.2009 n. 17865; Id., Sez. III, 20 maggio 2009, n. 21188; Id., Sez. III, 8.10.2009, n. 39078.

[12] Sull'elemento psicologico necessario alla configurazione del reato, tenendo anche conto che, in linea generale, per le contravvenzioni, l'ordinamento giuridico reputa satisfattiva la semplice colpa, vedi RAMACCI, Diritto Penale dell'Ambiente, cit., 154 e segg.

sibile accertare in sede esecutiva.

Pertanto, l'ordinanza con cui era stata disposta la confisca, è stata annullata senza rinvio dal giudice di legittimità e alla prescrizione si è aggiunta l'elisione di ogni effetto collaterale "*amministrativo*".

«::::::::: GA :::::::::»

LA SCIA IN MATERIA EDILIZIA: LA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA NELL'ESERCIZIO DELLO *IUS AEDIFICANDI* TRA PASSATO E FUTURO

della Dott.ssa Raffaella Vaira

La recente l. 30.7.2010, n. 122 di conversione, con modifiche del d.l.31.5.2010 n. 78 "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica", ha modificato, con l'art. 49, co. 4-bis, l'art. 19 della l. n. 241 del 1990, disciplinante in via generale l'istituto della DIA, sostituendo la Dichiarazione di inizio attività (DIA), con la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA). Si impone, pertanto, un'esame della nuova normativa al fine di poterne comprendere i contenuti e l'eventuale applicabilità alla materia edilizia. Tale operazione necessita, in via preliminare, di una breve analisi delle modalità attraverso il quale il soggetto privato può esercitare il diritto di edificare e, quindi, dei titoli abilitati all'edilizia e, in particolar modo della DIA, sino all'entrata in vigore della nuova disciplina avente carattere generale.

Il diritto di edificazione seppur palesemente *"connaturato"* al diritto di proprietà[1] da sempre necessita, ai fini del suo esercizio da parte del soggetto privato, di una più o meno incisiva espressione del potere dell'autorità amministrativa.

Ripercorrendo le tappe della storia dei titoli abilitativi all'edilizia si rileva, infatti, come l'intervento dell'amministrazione comunale, dalla licenza edilizia alla concessione edilizia, come nell'attuale permesso di costruire, si configuri come essenziale all'esercizio del c.d. *ius aedificandi*, sebbene manifestandosi sotto forma di potere autorizzatorio, che, in quanto preordinato alla mera rimozione di un limite all'esercizio di un diritto già rientrante nel patrimonio giuridico soggettivo del privato, si differenzia dal potere concessorio finalizzato, invece, ad attribuire al destinatario un diritto nuovo, che trova nell'atto stesso il suo fondamento[2].

[1] A seguito dell'ormai famosa sentenza n. 5 del 1980 della C. cost., il diritto di edificare è indiscutibilmente considerato come connaturato a quello di proprietà. Tale pronuncia della Consulta, infatti, ha posto fine alla tradizionale discussione sul rapporto tra diritto di proprietà e *ius aedificandi* che aveva impegnato la dottrina sin dall'introduzione, ad opera della l.n.1150 del 1942, della licenza edilizia, primo titolo abilitativo all'edificazione, fino ad allora considerata espressione di una totale libertà del proprietario. In relazione a tale regime normativo la dottrina tentò di definire la natura della licenza edilizia. Partendo dal presupposto comune secondo cui il diritto di edificare apparteneva al proprietario, alcuni attribuivano alla licenza natura di mero atto di controllo, perché consideravano lo *ius aedificandi* attributo tipico della proprietà in quanto tale; altri, invece, ritenendo che tale diritto non appartenesse *ab initio* al proprietario, ma solo dopo espressa indicazione del piano regolatore, inquadravano la licenza tra i provvedimenti autorizzatori. La discussione si accese ancor più con l'entrata in vigore della l. n. 10 del 1977 (c.d. legge sui suoli) che sostituì la vecchia denominazione *"licenza"* con quella di *"concessione"*, attribuendo, inoltre, a quest'ultima carattere oneroso.

[2] La concessione edilizia, oggi permesso di costruire, assume valore di *"autorizzazione amministrativa"*, dal momento che non attribuisce al soggetto richiedente, nuovi diritti ma, presupponendo facoltà preesistenti, persegue, quale unico scopo, l'accertamento della ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto di edificare. Nell'ottica invece della "concessione amministrativa" la concessione edilizia avrebbe dovuto attribuire al privato una facoltà che prima non rientrava nel suo patrimonio giuridico, ossia, in ambito edilizio, la possibilità di edificare, in tal modo comportando uno scorporo dello *ius aedificandi* dalla proprietà, rendendo il soggetto privato titolare di tutte le facoltà connesse al diritto di proprietà ad esclusione di quella attinente all'attività edificatoria. In tema di concessione e autorizzazione amministrative la dottrina è pressocchè sterminata. Il primo contributo della dottrina italiana in tema di definizione dei rispettivi concetti, risale agli studi di O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giust. It.*, 1984; IV, p. 7 ss.; ID., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1895, p. 1896 ss.; ID., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ivi*, 1895, n. 19, p. 3 ss. *Ex multis*, cfr., inoltre, SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1958; C. VITTA, *Diritto*

Il ruolo dell'autorità amministrativa, in materia edilizia, viene ulteriormente ridimensionato con l'introduzione dell'istituto della denuncia di inizio attività (DIA) da parte dell'art. 2, co. 60, l. n. 662/1996, seguito all'art. 26 l. n. 47/1985, che assoggettava la realizzazione di opere interne alle costruzioni[3] alla presentazione al Sindaco, contestualmente all'inizio dei lavori, di una relazione a firma di un professionista abilitato alla progettazione. Nella decretazione d'urgenza, realizzatasi a partire dal d.l. n. 88/1995, l'istituto in questione è stato introdotto, in maniera *"temporanea"* ma puntualmente reiterata[4].

Dopo un periodo di *"complicazione normativa"*, creata dall'assenza, nell'art. 2, co. 60, l. n. 662/1996, di abrogazioni espresse e di qualsiasi riferimento al rapporto tra disciplina nuova e discipline precedenti, che si traduceva in una sovrapposizione di fonti[5] e in una polverizzazione delle discipline[6], la DIA edilizia è riuscita a trovare un organico assetto con l'entrata in vigore del t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (TUE), approvato con il d.P.R 6.6.2001, n.380[7] e disciplinante l'istituto della DIA negli artt. 22 e 23.

Mentre l'art. 22 si preoccupa di delineare l'ambito di applicazione dell'istituto, l'art. 23 indica gli adempimenti di carattere procedurale da seguire per la sua utilizzazione.

Nella specie, l'art. 22 del d.P.R. n. 380 del 2001, configura la DIA quale modalità generale per eseguire tutte le attività edilizie, ad eccezione di quelle che, realizzando una sostanziosa trasformazione dell'assetto edilizio ed urbanistico del territorio, necessitano del permesso di costruire (nuova definizione della tradizionale *"concessione edilizia"*), un apposito provvedimento autorizzatorio[8] ema-

amministrativo, Vol. I, Torino, 1962; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 95; A.M. SANDULLI, *Autorizzazioni, abilitazioni, licenze*, in *Rass. Dir. pubbl*., 1958, p. 1 ss.; F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996. Significativa si rivela, inoltre, l'ipotesi ricostruttiva del Giannini, secondo cui i presupposti del provvedimento autorizzatorio sono costituiti dalla esistenza di un potere privato, dalla connotazione che del potere stesso viene data alla norma giuridica, dalla circostanza che il potere del privato non viene amministrato da quest'ultimo, ma da un provvedimento della Pubblica Amministrazione. In questi termini, il potere del soggetto privato non trova alcun spazio per assumere un rilievo autonomo, a meno che, appunto, non venga autorizzato. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1993, p. 609 ss.

[3] non contrastanti con gli strumenti urbanistici e non comportanti modifiche della sagoma delle costruzioni, alla destinazione d'uso e della staticità dell'immobile

[4] Al d. l. n. 88/1995 sono infatti seguiti, al fine di reiterarne i contenuti, i d.l. n. 193/1995; n. 310/1995; 400/1995; 498/1995; 30/1996; 154/1996; 285/1996; 388/1996 e 495/1996.

[5] Si pensi alla doppia disciplina delle opere interne o delle varianti di concessioni già rilasciate, derivante dalla contemporanea vigenza degli artt.26 e 15 della l.n.47/1985 (che li subordinava ad autorizzazione) e delle lettere e) e g) del punto 7 dell'art.2 co. 60 della l.n.662/1996 (che li subordinava,invece, a DIA).

[6] P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività nel testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia : prime note*, in *Rivista giuridica dell' urbanistica*, 2002.

[7] La finalità del T.U. sull'edilizia (che costituisce attuazione della delega conferita al Governo ai sensi dell'art. 7, coo. 1 e 2, della l. n. 50/1999, come modificato dall'art. 1 l. n. 340/2000) è dichiaratamente quella di procedere al riordino del settore dell'edilizia, non solo unificando in un unico testo la copiosa legislazione emanata in materia, disseminata in numerosi testi di leggi, ma anche introducendo numerose e sostanziali modifiche rispetto alla disciplina previgente. Tra le novità assolute vi è la scomparsa dell'istituto dell'autorizzazione edilizia (di cui all'art.48 l. n. 457/1978 e agli artt.7 e 8 l.n.94/1982, abrogati dall'art.136, co. 1, lett. d) ed e) t.u.), la sostituzione dell'istituto della concessione edilizia con quella del permesso di costruire (artt. 10 e ss T.U.) e la nuova disciplina dell'istituto della denuncia di inizio attività (D.I.A.), dettata, tra gli altri, dagli artt. 22 e 23 T.U. Le attività rilevanti dal punto di vista urbanistico ed edilizio vengono, così, suddivise in tre categorie: opere esenti, opere soggette a permesso di costruire ed opere soggette a denuncia di inizio attività

[8] Il *"nuovo"* permesso di costruire, il cui *nomen*, che ha sostituito quello di *"concessione edilizia"* è proprio la prova del consolidamento del diritto vivente nel senso affermato dalla C. cost. con la sentenza n. 5 del 1980, identificando un provvedimento che non produce effetti definibili come concessori in senso tecnico. Cfr. L. STEVANATO, Commento all'articolo 10 del Testo Unico sull'edilizia, in AA. VV. (a cura di V. ITALIA) *Testo Unico sull'edilizia – Commento al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*, Milano, 2002, p 145; P. STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in edilizia*, Torino, 2003, p. 39, il quale rileva come l'Adunanza generale del Consiglio di Stato, nell'esame dello schema di quello che doveva diventare il T.U. dell'edilizia, ha ritenuto opportuno modificare definitivamente il *nomen juris* da attribuire al titolo in questione, preferendo sostituirlo con un vocabolo *"che lasci intendere che lo jus aedificandi non deriva dall'autorità che lo concede, essendo*

nato, su istanza di parte, dall'amministrazione comunale.

Attraverso la presentazione di una semplice denuncia di inizio attività il soggetto privato è, infatti, abilitato a realizzare tutti gli interventi di carattere edilizio che non siano subordinati, dall'art. 10 dello stesso T.U. n. 380 del 2001, al rilascio del permesso di costruire e che, altresì, non rientrino, ai sensi dell'art. 6, nella c.d. attività edilizia libera.

In ordine alle tipologie di DIA, l'art. 22 del d.P.R. n. 380 del 2001, come modificato dalla lett. e) dell'art. 1 del d. lgs n. 301 del 2002, indica due fattispecie, costituite dalla DIA c.d. *"semplice"*, prevista per l'esecuzione di interventi *"minori"*, ossia di lieve impatto urbanistico e ambientale (commi 1 e 2 art. 22 TUE), e la c.d. superDIA, identificata, invece, come modalità alternativa al permesso di costruire (co. 3 art. 22 TUE) nel rispetto delle relative condizioni e prescrizioni.

Nella specie, la c.d. superDIA può essere utilizzata per la realizzazione di interventi di ristrutturazione edilizia; di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica a condizione, però, che siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, for-mali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti[9]; di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche.

Sebbene, in entrambi i casi, la DIA consista in una dichiarazione presentata, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 23 del d.P.R. n. 380 del 2001, dal soggetto interessato all'esecuzione dell'intervento edilizio, alla competente amministrazione comunale, la c.d. superDIA assume delle inevitabili caratteristiche peculiari.

La possibilità di presentare una dichiarazione preventiva per la realizzazione di interventi edilizi assoggettati *ex* art. 10 TUE al permesso di costruire non elimina, infatti, le conseguenze di carattere sia economico che sanzionatorio proprie di quest'ultimo, tanto che la superDIA si configura come onerosa e sanzionata, in caso di edificazione in sua assenza o difformità, a livello penale[10].

Il quadro normativo sin qui sinteticamente tracciato in ordine ai titoli abilitativi in materia edilizia è destinato a subire importanti modificazioni a seguito della recente riforma realizzata dal d.l. 31.5.2010 n. 78 *"Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*, convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n. 122.

La nuova legge, infatti, all'art. l'art. 49, co. 4 *bis*, riformula interamente l'art. 19 della l. n. 241/90, disciplinante in via generale l'istituto della DIA, sostituendo la Dichiarazione di inizio attività (DIA), con la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA).

Rispetto al testo previgente, il novellato art. 19 della l. n. 241 del 1990 se, dal punto di vista sostanziale, non presenta particolari innovazioni in ordine alla ricostruzione dell'istituto, contiene, dal punto di vista procedurale, rilevanti elementi di novità.

connaturato alla proprietà (o diritto equipollente), ma che al tempo stesso non revochi in dubbio che quel diritto è sottoposto nell'interesse comune per la salvaguardia di superiori valori, ad un regime di governo e controllo amministrativo, ancorché significativamente snellito e semplificato dalle riforme introdotte".

[9] La lett. b) del comma 3 dell'art. 22 TUE contempla anche i casi in cui i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 443 del 2001, stabilendo che il relativo atto di ricognizione debba avvenire entro trenta giorni dalla richiesta degli interessati, dovendosi, in mancanza, prescindere dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi dettagliati.

[10] Cfr. l'art. 16 TUE che prevede il c.d. *"contributo di costruzione"* e l'art. 44 TUE, che, indica invece le le sanzioni penali. In ordine al regime sanzionatorio è bene precisare che esso rimane legato alla tipologia dell'intervento ed al titolo abilitativo per esso in via primaria richiesto. Ne consegue che gli interventi soggetti ex art. 10 TUE a permesso di costruire sono sottoposti al regime sanzionatorio più pesante proprio di tale titolo abilitativo (art. 44 TUE), a prescindere dalla presentazione della denuncia sostitutiva, mentre seguono il regime sanzionatorio più leggero, avente carattere meramente amministrativo, gli interventi realizzati a seguito alla presentazione, da parte del privato, di un'istanza di permesso in luogo della DIA, nei casi in cui quest'ultimo titolo abilitativo sia previsto, *ex* art. 22 TUE, in via primaria.

Oltre alla parziale rideterminazione dei confini dell'ambito applicativo dell'istituto, il legislatore del 2010 ha provveduto a definire, in maniera più dettagliata, il contenuto che la dichiarazione (oggi segnalazione) deve necessariamente assumere, nonché ad introdurre la regola generale della possibilità di avvio immediato dell'attività a seguito della presentazione della segnalazione.

Procedendo con ordine nell'esame delle novità, si rileva come, in riferimento all'ambito di applicazione, la nuova SCIA, al pari della sostituita DIA, si pone in alternativa ad *"ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato"* ad esclusione, tuttavia, di quegli atti che, ancorché vincolati, siano emanati da amministrazioni a cui è affidata la cura di interessi c.d. sensibili o super protetti, aventi rilevanza costituzionale ed identificati nella difesa nazionale, nella pubblica sicurezza, nell'immigrazione, nell'asilo, nella cittadinanza, nell'amministrazione della giustizia, nell'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria.

Ciò che differenzia l'elenco delle materie escluse dall'applicazione dell'attuale art. 19 l. n. 241/1990, rispetto al testo previgente, sono *"gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente"* non più annoverati ed, a quanto pare, sostituiti dalla nuova espressione "casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali", al quanto imprecisa e suscettibile di non poche incertezze interpretative.

Oltre all'incomprensibile eliminazione del riferimento alla *"tutela della salute"*, il nuovo richiamo ai *"vincoli in materia ambientale, paesaggistica e culturale"* sembra, infatti, realizzare una protezione parziale del relativo interesse, riguardando soltanto quelle attività che si svolgono in ambiti interessati da vincoli operanti *ex lege* ovvero apposti mediante atti amministrativi[11].

Per quanto concerne i contenuti che deve assumere la nuova SCIA, essi sono identificati, dal legislatore del 2010, nel tipo di attività che si intende esercitare, corredata *"dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione"*, nonché nella conformità della stessa alle regole derivanti da norme e, eventualmente, da atti amministrativi generali contenenti i presupposti ed i requisiti per il lecito svolgimento. Tale conformità deve essere attestata mediante le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà *ex* artt. 56 e 47 del t.u. n. 445 del 2000, in relazione a stati e qualità personali, e mediante *"attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati"* negli ambiti in cui la disciplina di settore lo preveda, ovvero, *"dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese"* negli ambiti di competenza a quest'ultima riservati e con riguardo alle attività di impresa individuate ai sensi del regolamento di attuazione dell'art. 38, co. 4, del d. l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni, nella l. n. 133 del 2008.

In riferimento a detta documentazione, si rileva come il requisito della *"certificazione"* che deve caratterizzare la nuova *"segnalazione"*, venga soddisfatto, essenzialmente, attraverso il ricorso agli strumenti di autocertificazione ed autodichiarazione[12].

Passando all'analisi degli aspetti di carattere più propriamente procedurale, emerge, quale novità più importante introdotta dal legislatore del 2010, la possibilità, prevista al co. 2 dell'art. 19, che le attività oggetto di SCIA vengano iniziate immediatamente dopo la sua presentazione all'amministra-zione competente. A fronte di tale *"nuova"* regola, il successivo co. 3 attribuisce all'amministrazione competente il potere di adottare, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento

[11] In tali termini W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della l. n. 122 del 2010 sulla DIA edilizia*, in *www.giustamm.it*

[12] La previgente formulazione del comma 1 dell'art. 19 l. n. 241/1990 imponeva, infatti, che la DIA fosse corredata *"anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste"*.

della SCIA, motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, nei casi di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti per l'utilizzo della SCIA stessa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni.

Il soggetto privato, quindi, per poter dare inizio alla sua attività, non deve più attendere il decorso di trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione, termine entro il quale l'amministrazione poteva impedire l'espletamento dell'attività stessa, né adempiere all'ulteriore obbligo formale di comunicare l'inizio dei lavori contestualmente alla loro intrapresa[13].

Viene meno, in tal modo, la scansione in due fasi della procedura di presentazione della DIA realizzata dalla l. n. 80 del 2005: 1) presentazione della dichiarazione e primo termine di trenta giorni per l'inizio dell'attività; 2) comunicazione dell'inizio e secondo termine di trenta giorni per la pronuncia del divieto.

L'amministrazione, infatti, dispone oggi di un termine di sessanta giorni per verificare la sussistenza dei requisiti per poter utilizzare lo strumento di autodenuncia ed ordinare, in loro carenza, la sospensione dell'attività eventualmente intrapresa e la rimozione degli *"effetti"* dell'attività svolta.

La nuova regola di carattere temporale-procedurale costituisce, in verità, tutt'altro che una novità.

Il legislatore del 2010, infatti, sembra aver ritenuto opportuno fare qualche passo indietro e ritornare ad una formulazione dell'art. 19, nella parte dedicata ai termini procedurali, identica, nei contenuti, a quanto prescritto nel testo antecedente alla riforma operata con la l. n. 80 del 2005, ove veniva assegnato all'amministrazione competente il compito di *"verificare d'ufficio, entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia, la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e disporre, se del caso, con provvedimento motivato da notificare all'interessato entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa"*[14].

Per quanto concerne, invece, i poteri riconosciuti dal legislatore del 2010 in capo all'amministrazione competente in seguito al decorso del termine di sessanta giorni dalla presentazione della SCIA, assegnato per esercitare il potere inibitorio, essi sono identificati, da un lato, con quelli di autotutela ai sensi degli artt. 21 *quinquies* (revoca) e 21 *nonies* (annullamento d'ufficio), confermando quanto introdotto con la l. n. 80 del 2005, e, dall'altro lato, con un nuovo generico potere di intervento in riferimento ai soli casi di pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e

[13] Cfr. art. 19, co.2, l. n. 241 del 1990 nella formulazione antecedente al d.l. n. 78 del 2010, secondo cui *"L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente; contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministra-zione competente"*. L'inizio dell'attività in maniera contestuale alla presentazione della dichiarazione era, invece, consentito in riferimento alle "attività di cui al decreto legislativo di attuazione della direttiva 2006/123/CE", ossia alle attività di realizzazione di impianti produttivi di beni e servizi e alle attività di prestazione di servizi interni all'UE.

[14] Una regola in tal senso era contenuta nell'art. 19 della l. n. 241/1990 sin dalla sua versione originaria, ove si prevedeva l'emanazione di un regolamento che doveva identificare i casi in cui l'attività, oggetto di denuncia, potesse essere intrapresa subito dopo la presentazione della denuncia stessa e i casi nei quali l'attività poteva essere avviata solo dopo un certo termine. Detto regolamento, tuttavia, venne approvato solo nel 1992 con il d.P.R. n. 300, ove, peraltro, erano contemplati, nell'apposita tabella A, casi modestissimi di inizio immediato dell'attività (es. *"detenzione, commercio ed allevamento colombi viaggiatori"*). Una riformulazione della norma si ebbe già nel 1993, ad opera della l. n. 537, che eliminò il ricorso ad appositi regolamenti per individuare i casi specifici in cui poter utilizzare lo strumento della DIA ed impose per ogni attività denunciata l'obbligo di inizio delle stesse dopo il termine di 30 giorni dalla relativa presentazione della denuncia.

previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

Ulteriore novità presente nella nuova formulazione dell'art.19 della l. n. 241 del 1990 è costituita dalla presenza, nel co. 6, di un regime sanzionatorio *ad hoc* per i casi in cui nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, venga dichiarata o attestata falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti richiesti dal co. 1, puniti, nella specie, con la reclusione da uno a tre anni, a meno che il fatto non costituisca reato più grave.

La disciplina dettata dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990 a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 122 del 2010 in quali ambiti trova applicazione?

Il nuovo co.4-ter dell'art. 19 afferma che le espressioni *«segnalazione certificata di inizio attività»* e *«Scia»* sostituiscono, rispettivamente, quelle di *«dichiarazione di inizio attività»* e *«Dia»*, ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e che 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 attività recata da ogni normativa statale e regionale.

A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 122 del 2010 il primo interrogativo che è sorto ai commentatori della nuova norma ha riguardato, evidentemente, la materia edilizia, ambito nel quale, come noto, l'istituto della DIA ha trovato, sin dalla sua prima introduzione, maggiore (se non unica) applicazione[15].

Nella specie, ci si pone il problema della idoneità del nuovo art. 19 l. 241/1990 a sostituire integralmente o meno la disciplina della DIA edilizia, anche nelle parti attualmente rimaste inaccessibili per l'art. 19 in quanto disciplinate dalle norme specifiche del d.P.R. n. 380 del 2001 (t.u. edilizia), in tema di DIA.

Sino all'entrata in vigore della l. n. 122 del 2010, infatti, l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 ha trovato applicazione in materia edilizia limitatamente agli ambiti non coperti dalla disciplina dettata dal d.P.R. n. 380 del 2001, nel rispetto del generale principio di prevalenza della disciplina speciale rispetto a quella generale.

Pertanto, deve considerasi prevalente la disciplina speciale, con la conseguenza che la DIA edilizia permanga in vigore nell'ordinamento in forza dell'applicazione del criterio di specialità, oppure deve ritenersi predominante la disciplina di carattere speciale, che comporta, inevitabilmente, l'abro-gazione implicita della disciplina della DIA edilizia in quanto incompatibile con quella della SCIA, nel rispetto del criterio cronologico?

Sul tema dell'applicabilità della SCIA alla materia edilizia è intervenuto l'Ufficio legislativo del ministero per la semplificazione normativa con una nota di chiarimento del 16.9.2010, seguita al quesito della regione Lombardia ed espressa dopo aver acquisito l'avviso degli Uffici legislativi dei ministeri delle infrastrutture e dei trasporti[16] e per la pubblica amministrazione e l'inno-vazione[17].

Dopo aver rilevato, in via preliminare, che la riforma introdotta con la l. n. 122 del 2010 risponde ad una logica di riduzione degli oneri amministrativi fortemente innovativa e migliorativa per il privato, in quanto gli consente di intraprendere un'attività economica sin dalla data di presentazione di una mera segnalazione all'amministra-zione pubblica competente, l'ufficio legislativo del Ministro della Semplificazione Normativa dichiara l'applicabilità della Segnalazione Certificata di Inizio Attività anche alla materia edilizia, fondandola su quattro elementi.

Il primo elemento è di carattere letterale, perché rilevato dalla formulazione del co. 4 *ter* dell'art. 49 della l. n. 122 del 2010, secondo cui, da un lato, le espressioni *"segnalazione certificata di inizio attività"* e *"Scia"* sostituiscono, rispettivamente, quelle di *"dichiarazione di inizio attività"* e *"Dia"*, *"ovunque ricorrano anche come parte di un'espressione più ampia"*, *sia nelle norma-*

[15] Cfr. C. RAPICAVOLI, *Segnalazione certificata di inizio attività (Scia). Applicabilità alla normativa edilizia*, in *www.lexitalia.it*; F. BOTTEON, *Il nuovo art. 19 l. 241/90 e la materia dell'edilizia, ivi;* W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della l. n. 122 del 2010 sulla DIA edilizia*, in *www.giustamm.it;* F. LISENA, *Dalla DIA alla SCIA: storia di una metamorfosi*, ivi.

[16] prot. n. 37109 del 14.09.2010.

[17] prot. n. 564 del 10.09.2010.

tive statali che in quelle regionali, e, dall'altro lato, la disciplina della Scia contenuta nel novellato art.19 della l. n. 241 del 1990 "sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale".

Il secondo elemento viene individuato dal confronto tra nuova e previgente formulazione dell'art. 19, ove emerge come il legislatore del 2010 abbia omesso di indicare la DIA edilizia tra quelle oggetto di espressa esclusione dall'ambito applicativo della nuova disposizione (coo.1 e 5, primo periodo), a differenza di quanto precisasse la previgente formulazione che escludeva dall'ambito applicativo della dichiarazione di inizio attività quella in materia edilizia, attraverso la c.d. clausola di salvezza secondo cui restavano ferme *"le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai coo. 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'atti-vità e di rimozione dei suoi effetti"*[18].

In terzo luogo, la tesi del Ministro della semplificazione normativa viene fondata sulla tipologia di documentazione che necessariamente deve correlare la nuova SCIA, ove rientrano non solo le certificazioni ed attestazioni ma anche le *"asseverazioni"* di tecnici abilitati, assenti nel previgente testo dell'art. 19 ed in perfetta linea con quanto stabilito dalla disciplina della DIA edilizia contenuta nell'art. 23 del d.P.R. n. 380 del 2001, ove si impone, in via preliminare all'avvio dell'attività edilizia, la presentazione di una *"dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie"*. Il nuovo specifico riferimento alle *"asseverazioni"*, tipiche della DIA edilizia, induce il ministero a ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi anche alle certificazioni ed attestazioni concernenti la suddetta fattispecie.

La tesi della sostituzione della disciplina della SCIA a quella della DIA edilizia viene, infine, motivata sulla base della lettura dei lavori preparatori della legge di conversione del d.l. n. 78 del 2010 (AS 2228) ed, in particolar modo, del dossier di documentazione predisposto dal Servizio Studi del Senato, ove si afferma che *"la norma ha anche un profilo abrogativo della normativa statale difforme, per cui si deve intendere che ad essa va ricondotta anche la denuncia di inizio di attività edilizia, disciplinata dagli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 380 del 2001"*.

Ulteriore, rilevante argomento a sostegno della tesi esposta viene, inoltre, individuato da quanto statuito dall'art. 49, co. 4 *ter*, primo periodo, l. n. 122 del 2010, secondo cui la disciplina della SCIA, tra l'altro, costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m) dell'art. 117, co. 2, della Costituzione. Dal momento che, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009, l'art. 29, co. 2 *ter*, l. n. 241 del 1990 stabiliva l'attinenza ai livelli essenziali delle prestazioni di cui alla stessa lett. m) delle disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio attività, il ministero ritiene che la riproduzione del principio all'interno della disciplina della SCIA non faccia altro che confermare l'intenzione del legislatore statale di assicurare massima portata applicativa alla disposizione, con salvezza delle sole materie espressamente escluse.

Alla luce di quanto affermato nella esaminanda nota ministeriale, la novità più evidente che contraddistinguerà il nuovo meccanismo di autodenuncia per la realizzazione di interventi edilizi è evidentemente correlata all'ambito procedurale.

Se l'attuale art. 19 consente (nuovamente), al soggetto privato di dare inizio all'attività in maniera contestuale alla presentazione della relativa comunicazione (*rectius* segnalazione), assegnando, di conseguenza, alla PA un unico termine di sessanta giorni per esercitare il proprio potere inibitorio, deve allora considerarsi superata la procedura dettata dall'art. 23 del TUE, ai sensi del quale al soggetto denunciante viene assegnato un termine di trenta giorni dalla data di presentazione della

[18] Art. 19, co. 4, previgente formulazione.

DIA, quale condizione temporale per poter dare effettivo inizio ai lavori, rappresentante, al contempo, anche lo *"spatium deliberandi"* a disposizione dell'amministrazione comunale, per esercitare il potere di verifica della conformità, ai requisiti di legge, di quanto dichiarato dall'interessato ed attestato dal progettista, ai fini dell'esercizio del diritto all'esecuzione dei lavori, nonché della sussistenza, in capo al soggetto denunciante, di un titolo astrattamente idoneo all'esercizio del diritto di edificazione sull'immobile oggetto del progetto[19].

Terminata l'indicazione degli elementi sulla base dei quali si ritiene di dover affermare l'applicabilità del nuovo istituto della SCIA anche alla materia edilizia, in sostituzione della DIA disciplinata dagli artt. 22 e 23 del TUE, il ministero della semplificazione normativa, ritiene opportuno operare alcune precisazioni e limitazioni.

In primo luogo, si precisa la disciplina della SCIA si applica alla materia edilizia mantenendo l'identico campo applicativo di quella della DIA, senza quindi interferire con l'ambito applicativo degli altri titoli abilitativi e, nella specie, del permesso di costruire, caratterizzato da una puntuale a distinta disciplina contenuta nel TUE, alla quale non appare riferibile né sul piano letterale, né su quello funzionale, quella della nuova SCIA.

Per le stesse ragioni la disciplina della SCIA non può trovare applicazione e, quindi, non può sostituirsi a quella della c.d. super-DIA, identificata in una DIA alternativa al permesso di costruire.

A ritenere diversamente, infatti, si determinerebbe un sostanziale ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 oltre i propri confini.

Sempre in riferimento alla DIA alternativa al permesso di costruire, il ministero si sofferma su quanto statuito nell'art. 22, co. 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, il quale determina i casi in cui gli interventi edilizi soggetti a permesso di costruire possono essere realizzati alternativamente con DIA, riconoscendo, al successivo co. 4, la facoltà, alle regioni a statuto ordinario, di ampliare o ridurre l'ambito applicativo del precedente comma.

Di qui il problema del rapporto tra la disciplina della Scia e quella contenuta nelle leggi regionali che, in attuazione della previsione dell'art. 22, co.4, del d.P.R. n. 380 del 2001, hanno introdotto ulteriori casi di alternatività tra DIA e permesso di costruire.

Al riguardo, il ministero ritiene che, non applicandosi la disciplina della SCIA alla DIA alternativa al permesso di costruire, le leggi regionali previgenti, con le quali è stata esercitata la facoltà prevista dall'art. 22, co. 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, non siano state incise dall'entrata in vigore dell'art. 49 della l. n. 122 del 2010.

Tale conclusione appare, peraltro, conforme sia ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art.49 della l. n. 122 del 2010, che salvaguardi la potestà legislativa regionale di estendere, oltre i confini dell'inter-vento statale ed in attuazione dell'art. 22, co. 4, TUE, l'istituto della DIA edilizia, sia alla previsione dell'art. 29, co. 2 *quater* della l. n. 241/1990, la quale riconosce alle regioni, nella disciplina dei procedimenti amministrativi di propria competenza, la facoltà di prevedere livelli ulteriori di tutela rispetto a quelli garantiti dalle disposizioni statali attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai precedenti coo.2-*bis* e 2-*ter*.

In via conclusiva, il M.ro della semplificazione normativa tiene a precisare due ulteriori aspetti considerati rilevanti.

Essi vengono individuati, rispettivamente, nei casi di intervento edilizio in zona sottoposta a vincolo e nelle ipotesi di DIA edilizie presentate prima dell'entrata in vigore della l. n. 122 del 2010.

In riferimento al primo ambito, viene confermata la permanenza dell'onere di acquisizione ed allegazione alla segnalazione certificata dello specifico atto di assenso dell'ente preposto alla tutela del vincolo stesso, non potendo tale atto essere sostituito dalla SCIA, in ragione dell'espressa previsione contenuta nell'art. 19, co. 1, della l. n. 241 del 1990, che esclude l'applicazione della stessa nei *"casi*

[19] Tale procedura e scansione temporale aveva, inoltre, ispirato il legislatore del 2005, che, come noto, aveva introdotto nel testo dell'art. 19 l. n. 241/1990 una suddivisione temporale di trenta giorni per poter dare inizio all'attività dichiarata e ulteriori trenta giorni per poter essere esercitato dalla PA competente il relativo potere di controllo/inibitorio.

in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali".

Per quanto concerne, invece, le DIA edilizie presentate prima dell'entrata in vigore della novella dell'art.19 della l. n. 241/90, il ministero precisa che, anche nell'eventualità in cui alla data di entrata in vigore non fosse ancora decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione, la disciplina applicabile debba necessariamente essere identificata con quella vigente al momento della presentazione della DIA, salva la possibilità per il privato di avvalersi degli effetti della novella presentando, per il medesimo intervento, una SCIA.

«::::::::*GA*::::::::»

L'AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA SEMPLIFICATA: ANALISI DEL D.P.R. 9.7.2010, N. 139

della Dott.ssa Valentina Pavone

Il contributo, traendo spunto dalle recenti modifiche introdotte dal secondo decreto correttivo - d. lgs. n. 63/2008 - al d. lgs. n. 42/2004, c.d. codice dei beni culturali e del paesaggio, nella procedura autorizzatoria di cui all'art. 146, si sofferma sull'analisi dei profili di semplificazione procedimentali, preannunciati al co. 9 dell'art. 146, e di recente disciplinati per effetto del d.P.R. 9.7.2010, n. 139

La realizzazione di interventi edilizi su immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a norma dell'art. 142 del d. lgs. n. 42/2004 s.m.i., o in base alla legge, a norma del combinato disposto degli artt. 136, 143, co. 1, lett. d), e 157 del medesimo decreto, è subordinata al rilascio di un provvedimento autorizzatorio *ad hoc*, c.d. autorizzazione paesaggistica, emanato all'esito di un procedimento valutativo sulla compatibilità dell'intervento progettato con la tutela del paesaggio. Si tratta di una *condicio sine qua non* per l'ottenimento del permesso di costruire o degli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio.

La disciplina procedimentale normale della suddetta autorizzazione è contenuta nei commi 2 e ss. dell'art. 146 del d. lgs. n. 42/2004, come modificato dall'art. 2 del d. lgs. n. 63 del 2008.

Il presente contributo, traendo spunto dalle recenti modifiche introdotte dal secondo decreto correttivo nella procedura autorizzatoria di cui all'art. 146, intende soffermarsi sull'analisi degli aspetti di semplificazione procedimentali, preannunciati al co. 9 dell'art. 146, e di recente disciplinati per effetto del d.P.R., 9.7.2010, n. 139, pubblicato sulla G.U. del 26.8.2010, n. 199.

L'autorizzazione paesaggistica semplificata è un provvedimento autorizzatorio, rilasciato, ai sensi dell'art. 146, co. 9, del d. lgs. n. 42/2004, come riscritto dal d. lgs. n. 63/2008, per la realizzazione di interventi aventi minore incidenza sui valori paesaggistici.

La disciplina di questo provvedimento è attualmente contenuta nel d.P.R. 9.7.2010, n. 139, *"Regolamento recante procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità, a norma dell'art. 146, co. 9, del d. lgs. 22.1.2004, n. 42, e successive modificazioni", in* vigore dal 10.9.2010[1].

Si tratta di una regolamentazione speciale applicabile ad interventi, qualificati dal Legislatore di *"lieve entità"*, e tassativamente indicati nell'elenco contenuto nell'Allegato I al Regolamento. L'elenco comprende, allo stato, trentanove interventi: è contemplata, però, la possibilità di apportarvi specificazioni e modificazioni, con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e delle infrastrutture e dei trasporti, previa intesa con la Conferenza unificata, sulla base di *"conoscenze, esigenze e motivazioni di natura tecnica"*.

L'obiettivo della semplificazione amministrativa viene perseguito attraverso un regime derogatorio rispetto a quello normale con riguardo a tre profili: il profilo documentale, il profilo procedimentale ed il profilo organizzativo.

Sotto il profilo documentale, l'istanza per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica

[1] L'efficacia immediata del regolamento opera esclusivamente per le regioni a statuto ordinario: l'art. 6 del medesimo d.P.R., richiamando il disposto del terzo comma dell'art. 131 del d. lgs. n. 42/2004, prevede che le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano l'adozione entro i successivi 180 giorni dei provvedimenti necessari a disciplinare il procedimento di autorizzazione paesaggistica semplificata, in ragione dell'attinenza di detto regolamento con i *"livelli essenziali delle prestazioni amministrative, di cui all'art. 117, co. 2, lettera m), della Costituzione"* e della *"natura di grande riforma economico sociale del Codice e delle norme di semplificazione procedimentale in esso previste"*.

semplificata è corredata esclusivamente da una relazione paesaggistica semplificata, redatta da un tecnico abilitato, nella quale, premesse le fonti normative o provvedimentali della disciplina paesaggistica, occorre indicare: a) lo stato attuale dell'area interessata dall'intervento; b) l'attestazione della conformità del progetto alle specifiche prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici, se esistenti, ovvero della compatibilità con i valori paesaggistici, e le eventuali misure di inserimento paesaggistico previste, c) l'attestazione della conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia.

Laddove l'autorità preposta al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica non coincida con quella competente in materia urbanistica ed edilizia, all'istanza deve essere allegata l'attestazione del comune territorialmente competente di conformità dell'intervento alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie o, in caso di intervento soggetto a dichiarazione di inizio attività, le asseverazioni di cui all'art. 23 del t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, d.P.R. 6.6.2001, n. 380[2]. Viene, quindi, esclusa l'applicazione del d.P.C.M. 12.12.2005, che disciplina la documentazione ordinariamente necessaria ai fini del rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche, fatta eccezione per la scheda, allegata al suddetto d.P.C.M., da utilizzare per la presentazione dell'istanza.

L'*iter* procedimentale comprende una fase istruttoria preliminare tesa a verificare in prima istanza se l'intervento progettato rientri tra quelli per i quali non è richiesta, a norma dell'art. 149, l'autorizzazione paesaggistica; in seconda battuta, nell'ipotesi in cui tale accertamento abbia esito negativo, se il procedimento autorizzatorio possa secondo il regime autorizzatorio semplificato previsto ai sensi del co. 9 dell'art. 146. L'attività di verifica si conclude con una comunicazione da parte dell'amministrazione, che a seconda delle diverse eventualità, può avere il seguente contenuto:

a) l'accertamento in base al quale l'intervento progettato non è soggetto ad autorizzazione;

b) l'accertamento in base al quale l'intervento progettato non rientra tra quelli di lieve entità, assoggettabile al regime speciale di cui al co. 9 dell'art. 146, con l'indicazione delle integrazioni che si rendano necessarie ai fini del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ordinaria;

c) la comunicazione di avvio del procedimento di autorizzazione paesaggistica semplificata, nell'ipotesi in cui l'intervento progettato risulti compreso nell'elenco contenuto all'allegato I al d.P.R. n. 1139/2010. Con tale comunicazione l'amministrazione dovrà indicare i documenti e i chiarimenti indispensabili, da presentare o inviare in via telematica entro il termine di quindici giorni dal ricevimento della richiesta.

L'attività istruttoria prosegue con l'accertamento, da svolgersi nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, da parte dell'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione, sussistendone la relativa competenza, della conformità dell'intervento progettato alla disciplina urbanistica ed edilizia oppure, ove non sia competente, con la verifica dell'attestazione di conformità urbanistica rilasciata dal comune nel cui territorio è localizzato l'intervento o l'asseverazione prescritta in caso di intervento sottoposto a denuncia di inizio di attività, già presentate all'atto della domanda. L'esito negativo della verifica di conformità urbanistica ed edilizia impone all'amministrazione la chiusura anticipata del procedimento autorizzatorio attraverso un provvedimento in cui viene dichiarata l'improcedibilità della domanda di autorizzazione paesaggistica semplificata.

Laddove tale verifica, al contrario, abbia esito positivo, il procedimento continua con l'accertamento della compatibilità paesaggistica dell'intervento progettato, misurato in base alla conformità dello stesso rispetto alle specifiche prescrizioni d'uso contenute nel piano paesaggistico, nella dichiarazione di pubblico interesse o nel provvedimento di integrazione del vincolo; ovvero rispetto ai va-

[2] A. Ferrutti, Autorizzazione paesaggistica semplificata. Sintesi delle principali novità del d.p.r. 139/2010, in www.lexitalia.it, 9/2010, suggerisce la necessità di coordinare tale disposizione con il nuovo disposto dell'art. 19 della legge n. 241/1990, che ha modificato la disciplina della dichiarazione di inizio attività, introducendo l'istituto nella segnalazione certificata di inizio attività.

lori paesaggistici presenti nel contesto di riferimento.

Il procedimento autorizzatorio procede in due distinte direzioni a seconda dell'esito positivo o negativo della verifica di compatibilità paesaggistica.

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione competente al rilascio del provvedimento autorizzatorio abbia ravvisato la incompatibilità paesaggistica dell'intervento progettato, ha l'obbligo di comunicare motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, c.d. preavviso di rigetto, assegnando al richiedente un termine di dieci giorni per la per la presentazione di eventuali osservazioni. Se dall'esame delle osservazioni non emergano circostanze tali da modificare la determinazione negativa precedentemente espressa, l'amministrazione dovrà rigettare motivatamente la domanda entro i successivi 10 giorni. Il legislatore ha previsto una sorta di ricorso gerarchico al soprintendente: entro venti giorni dalla ricezione del provvedimento di rigetto, infatti, il soggetto interessato può chiedere al soprintendente, con istanza motivata e corredata della documentazione, di *"riaprire"*, per così dire, l'iter procedimentale, pronunciandosi sulla domanda di autorizzazione paesaggistica semplificata. In piena attuazione del principio del contraddittorio, è garantita all'amministrazione che ha adottato il provvedimento negativo la possibilità di sottoporre al soprintendente le proprie deduzioni, entro dieci giorni dal ricevimento di copia dell'istanza. Il procedimento si conclude entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza attraverso un provvedimento positivo, di rilascio dell'autorizzazione, ovvero negativo, di rigetto della stessa, da parte del soprintendente, in corrispondenza dell'esito positivo ovvero negativo della verifica della conformità dell'intervento progettato alle prescrizioni d'uso del bene paesaggistico ovvero della sua compatibilità paesaggistica.

Qualora, invece, risulti positiva la valutazione della conformità ovvero della compatibilità paesaggistica dell'intervento, l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione provvede senza indugio e, comunque, entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della domanda a trasmettere alla soprintendenza, unitamente alla domanda ed alla documentazione in suo possesso, una motivata proposta di accoglimento della domanda stessa.

A fronte della proposta di accoglimento dell'istanza da parte dell'amministrazione competente al rilascio del provvedimento autorizzatorio, il soprintendente potrà assumere diverse determinazioni. In caso di valutazione positiva, il soprintendente ha l'obbligo di esprimere il suo parere vincolante[3] favorevole entro il termine di venticinque giorni dalla ricezione della domanda, della documentazione e della proposta, dandone immediata comunicazione, ove possibile attraverso l'uso di strumenti telematici, all'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione. In tale circostanza l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione avrà l'obbligo di adeguarsi alla determinazione soprintendentizia nei cinque giorni successivi alla ricezione del parere stesso ed, ove ne abbia la competenza, se prescritto e ove possibile, di rilasciare anche il titolo legittimante le trasformazioni urbanistiche ed edilizie previste nel progetto.

Il legislatore disciplina l'ipotesi di inerzia della soprintendenza: infatti, nel caso in cui il parere vincolante non sia reso entro il termine indicato, l'amministrazione competente è abilitata a prescindere dallo stesso a rilasciare l'autorizzazione, senza indire la conferenza di servizi di cui all'art. 146, co. 9, del codice.

Nell'ipotesi in cui vi sia una valutazione negativa della proposta ricevuta dall'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione, il soprintendente ha l'obbligo di adottare, entro venticinque giorni dal ricevimento della proposta stessa, il provvedimento di diniego dell'istanza, previa comunicazione all'interessato dei motivi che ostano all'accoglimento della stessa. In caso di parere obbligatorio e non vincolante del soprintendente, ai sensi del co. 10, il provvedimento di rigetto è adottato dall'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione.

[3] A norma del co. 10 dell'art. art. 4 del d.P.R. n. 139/2010 *"Il parere del soprintendente è obbligatorio e non vincolante quando l'area interessata dall'intervento di lieve entità sia assoggettata a specifiche prescrizioni d'uso del paesaggio, contenute nella dichiarazione di notevole interesse pubblico, nel piano paesaggistico o negli atti di integrazione del vincolo adottati ai sensi dell'articolo 141-bis del Codice."*

Il procedimento autorizzatorio deve concludersi con provvedimento espresso nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della domanda, salva chiusura anticipata dell'iter procedimentale a seguito della verifica di non conformità dell'intervento progettato alla disciplina urbanistica ed edilizia.

L'inerzia dell'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione o della soprintendenza concreta una violazione dell'obbligo di provvedere: ne deriva l'operatività sia della normativa relativa alla tutela avverso il silenzio dell'amministrazione, contemplata oggi all'art. 31 del codice del processo amministrativo di cui al d. lgs. n. 104 del 2010 e sia della normativa relativa al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, c.d. danno da ritardo, di cui all'art. 2 *bis* della l.n. 241/1990.

Sotto il profilo organizzativo, infine, l'obiettivo della semplificazione è perseguito, oltre che attraverso il rinvio all'uso degli strumenti telematici per le comunicazioni tra i soggetti coinvolti nell'*iter* procedimentale, anche attraverso la previsione che siano incardinati presso ciascuna soprintendenza uno o più funzionari responsabili dei procedimenti in materia.

«::::::::*GA*::::::::»

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.10.2010, n. 7339
Prg - vincoli a contenuto espropriativi - decadenza a seguito del decorso di un quinquennio - effetti - individuazione.
Laddove il vincolo del piano regolatore generale sia scaduto senza che, a termini dell'art. 2, co. 1, della l. 19.11.1968, n. 1187, si sia provveduto all'approvazione del piano particolareggiato ovvero all'approvazione del progetto esecutivo o definitivo di opera pubblica, da un lato, la nuova disciplina edificatoria applicabile all'area interessata corrisponde a quella stabilita dall'art. 4, ultimo comma, della legge 28.1.1977, n. 10 e, dall'altro lato, siffatta situazione di inedificabilità pressoché assoluta ha carattere provvisorio, dovendo l'amministrazione procedere il più rapidamente possibile all'obbligatoria integrazione del piano divenuto parzialmente inoperante. In tale ipotesi, il privato può nell'inerzia della amministrazione, agire in via giurisdizionale seguendo il procedimento del silenzio rifiuto, ai fini della cui formazione resta comunque ferma la necessità, tra l'altro, che sia decorso il termine entro il quale il provvedimento doveva essere assunto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 22.9.2010, n. 7041
Approvazione definitiva PRG - area stralciata - permanenza nelle tabelle allegate al PRG - illegittimità.
È illegittima la permanenza nelle tavole allegate al PRG della destinazione urbanistica di un'area che non trovi riscontro nell'effettive determinazioni assunte sul punto in questione dagli organi comunali e regionali: da tale circostanza emerge la contraddittorietà, illogicità e perplessità della determinazione espressa dagli collegiali, tenuto conto che detti organi chiaramente ed inequivocamente hanno "stralciato" detta originaria previsione contenuta nel solo atto di adozione del PRG.

Consiglio di Stato, Sez.V, 17.9.2010, n. 6950
Piano di lottizzazione - monetizzazione.
L'art. 12, lett. a) della legge della regione Lombardia, recante "Norme di attuazione della l. 28.1.1977, n. 10 in materia di edificabilità dei suoli", dispone che la convenzione di lottizzazione, alla cui stipula è subordinato il rilascio delle concessioni edilizie relative agli interventi contemplati dai piani di lottizzazione, può prevedere, in alternativa totale o parziale alla cessione di aree, ove il comune non la ritenga opportuna in relazione alla loro estensione, conformazione o localizzazione, ovvero in relazione ai programmi comunali di intervento, "che all'atto della stipula i lottizzanti corrispondano al comune una somma commisurata all'utilità economica conseguita per effetto della mancata cessione e comunque non inferiore al costo dell'acquisizione di altre aree". Tale istituto, cd. Monetizzazione, presuppone, da un lato, che si tratti di un intervento subordinato al piano di lottizzazione; dall'altro lato, che vi sia un atto convenzionale preordinato all'esecuzione del piano).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.7.2010, n. 4920
PRG - osservazioni dei privati - rigetto - meri apporti collaborativi - non occorre una analitica motivazione.
Le osservazioni dei privati in ordine alle determinazioni recate dallo strumento urbanistico in sede di adozione si atteggiano come meri apporti collaborativi, di guisa che l'amministrazione, nell'esaminarle, non è tenuta a fornire una analitica motivazione, ben potendosi rifare ai principi ispiratori del piano.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 13.7.2010, n. 4545
PRG - cessione di aree e contributo straordinario - accordi sostitutivi - ammissibilità - ragione.
Il perseguimento di finalità perequative attraverso l'uso di moduli consensuali rinviene "copertura" normativa nel combinato disposto degli artt. 1, co. 1 bis, e 11 della l. n. 241/90, in riferimento al quale si rileva che con la "novella" del 2005 il legislatore ha optato per una piena e assoluta fungibilità dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo

al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse.

TAR Sicilia, Ct, Sez. I, 20.9.2010, n. 3745
Redazione piani urbanistici - criteri - definizione - cultura irrigua.
L'art. 2, co. 5, della legge della regione Sicilia n. 71/1978, nel dettare i criteri per la redazione degli strumenti urbanistici, al fine di limitare l'utilizzazione edilizia dei terreni coltivati, vieta di destinare i suoli già adibiti a colture specializzate, irrigue ovvero dotati di infrastrutture ed impianti a supporto dell'attività agricola, ad usi extra agricoli, a meno che non manchino possibilità di localizzazioni alternative per gli interventi strettamente necessari, da motivarsi in modo circostanziato. Il Collegio chiarisce che per coltura specializzata si intende la coltivazione sulla medesima superficie in un dato periodo di tempo di piante di una sola specie, mentre per coltura irrigua si intende la coltivazione di specie vegetali il cui ciclo colturale non può prescindere dall'apporto artificiale di acqua perché le rese medie risultino economicamente redditizie; quando entrambe queste condizioni si verificano contemporaneamente per la medesima coltura si è in presenza di una coltura specializzata irrigua. Tale circostanza ricorre, con conseguente soggezione dei relativi terreni al divieto di utilizzo extra agricolo di cui all'art. 2 citato, per i suoli destinati alle colture di seguito indicate: agrumeto, ortaggi e colture ornamentali.

TAR Lazio, Sez. II *bis*, 10.9.2010, n. 32217
Atto di asservimento - vincolo di inedificabilità - modifica pianificazione - possibilità sussiste.
L'asservimento di un terreno per realizzare una costruzione non rende lo stesso definitivamente inedificabile anche per il futuro: pur costituendo un vincolo che rimane cristallizzato nel tempo, ma non può costituire limite rispetto alle determinazioni del pianificatore generale, che resta libero di dettare una nuova disciplina sulla volumetria e sulla capacità edificatoria.

TAR Lombardia, Mi, Sez.IV, 27.8.2010, n. 908
PRG - destinazione urbanistica consolidamento zona residenziale - equitazione ed allevamento - incompatibilità - sussiste.
Secondo il vigente P.R.G., La destinazione urbanistica di consolidamento in zona residenziale; fissata nello strumento urbanistico generale è incompatibile con lo svolgimento di attività di equitazione e di allevamento di cavalli.

«::::::::: GA :::::::::»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.9.2010, n. 7129
Edilizia e urbanistica - denuncia di inizio attività - limiti.
Edilizia e urbanistica - denuncia di inizio attività - interventi di nuova costruzione - esclusione.
Procedimento amministrativo - partecipazione al procedimento - comunicazioni.
Procedimento amministrativo - partecipazione al procedimento - verbale di sequestro della Polizia municipale.
Qualora il piano territoriale paesistico qualifichi una certa area come "area di protezione integrale", l'operatività del regime della D.I.A. risulta limitata in ragione degli interventi edilizi che, nel caso specifico, il piano territoriale consente di realizzare.
Nel caso in cui gli interventi edilizi siano riconducibili alla categoria degli "interventi di nuova costruzione" (di cui all'art. 3, co. 1, lett. e), d.P.R. n. 380 del 2001), come nel caso di manufatti interrati o di interventi di urbanizzazione primaria e secondaria realizzati da soggetti diversi dal comune, essi non possono essere ascritti alla categoria residuale degli interventi edilizi realizzabili in regime di D.I.A. (art. 22, d.P.R. n. 380, cit. nella formulazione ratione temporis vigente).
Il carattere certamente abusivo dei manufatti e la loro insistenza su un'area individuata dal pertinente piano territoriale paesistico come "di protezione integrale" rendono applicabile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in ragione del loro contenuto rigidamente vincolato, gli atti sanzionatori in materia edilizia (tra cui l'ordine di demolizione della costruzione abusiva) non devono essere preceduti dalla comunicazione d'avvio del relativo procedimento.
Il verbale di sequestro dei manufatti abusivi redatto dal corpo di Polizia Municipale ritualmente portato a legale conoscenza della parte interessata costituisce partecipazione del procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 7 e seguenti della l. n. 241/90, consentendo di conoscere il verosimile esito provvedimentale della vicenda e di versare in atti le proprie deduzioni.

Consiglio di Stato, Sez. V, 23.9.2010, n. 7075
PdC - decadenza - proroga - potere - officiosità - limiti.
La richiesta di proroga del permesso di costruire in prossimità di scadenza appare necessaria solo ove la rilevanza obiettiva delle ragioni da addursi a suffragio della stessa possa essere valutata solo dalla parte richiedente. Diversamente il potere può ritenersi officioso, in presenza di provvedimenti paralizzanti il titolo concessorio, portati comunque a conoscenza dell'autorità comunale, direttamente ascrivibili, nell'esercizio delle rispettive competenze, ad altre autorità amministrative.

Consiglio di Stato, Sez. V, 17.9.2010 n. 6982
ERP - convenzione - sanzioni - competenza.
Costituisce motivo legittimo di decadenza ex art. 35, co. 8, l. 865/71, l'assoggettamento del concessionario del diritto di superficie a procedura concorsuale (nella specie, liquidazione coatta amministrativa). L'atto, in quanto meramente ricognitivo del dato fattuale (oltre che scevro di contenuto dispositivo), rientra nella competenza della Giunta dell'ente locale.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.8. 2010, n.5450.
Piani attuativi - principio di imprescindibilità - applicazione.
Conferenza dei servizi - sostituzione permesso di costruire - legittimità - successivo rilascio - ai soli fini degli effetti e del calcolo oneri.
Salvo il caso del "piccolo lotto intercluso", quando lo strumento urbanistico generale preveda che la concessione edilizia - oggi permesso di costruire - possa essere rilasciata solo dopo l'approvazione di un piano esecutivo, va senz'altro respinta, con un diniego avente natura vincolata, l'istanza volta a costruire nuovi manufatti, ove non sia stato approvato il piano attuativo medesimo: c.d. principio della indefettibilità del piano attuativo prescritto dallo strumento generale, già desumibile dalla legge urbanistica n. 1150 del 1942 (si v. anche decisioni Sez. V, 23.3 2000, n. 1594; Sez. V, 8.7.1997, n. 772; Sez. V, 16.6.1997, n. 640; Sez. V, 30.4. 1997, n. 412; Sez. V, 22.3.1995, n. 451 e, da ultimo, Sez. IV, 21.12.2009, n. 8531).
In base all'art. 14 della l.n. 7.8.1990, n. 241, la

conferenza di servizi è concepita come mezzo di semplificazione dell'azione amministrativa (teso a conseguire intese, concerti, e nullaosta da parte degli enti e uffici coinvolti in un procedimento amministrativo, in modo da favorire la valutazione contestuale dei vari interessi pubblici: (v. CdS, V, 1.3.2000, n. 78), *non v'è alcuna ragione logico-giuridica per escludere che la disposizione dettata al settimo periodo dell'co. 8 dell'art. 1 della l. 30.12.1989, n. 424, debba intendersi riferita anche alla concessione edilizia, non apparendo significativa in proposito l'omissione, fra i provvedimenti che sono espressamente sostituiti ad ogni effetto dall'approvazione del progetto esecutivo, delle concessioni.*
Riconosciuto che lo ius aedificandi rientra sia pure con limitazioni fra le facoltà del proprietario del fondo, la concessione edilizia nonostante la definizione legislativa può essere più agevolmente inquadrata fra gli atti autorizzatori.
Le deliberazioni della conferenza dei servizi intervenute nel procedimento di cui si tratta sono in ogni caso soggette alla disciplina della conferenza dei servizi, quale istituto di formazione della volontà della PA, recata dall'art. 14 della l. n. 241/1990, il cui 2 co., nella versione qui ratione temporis applicabile, espressamente attribuisce alle determinazioni concordate nella Conferenza valore sostitutivo rispetto agli "assensi comunque denominati" e dunque anche rispetto alle concessioni edilizie.
Nel caso in cui il comune abbia emanato un autonomo atto concessorio, tale atto ha un contenuto meramente riproduttivo degli effetti di concessione edilizia già come s'è visto attribuibili all'atto di approvazione del progetto all'unanimità da parte dei componenti della conferenza dei servizi, con efficacia meramente integrativa dello stesso quanto alla determinazione degli oneri di urbanizzazione e del contributo per costo di costruzione, in assenza della quale il primo non era in grado di produrre effetti.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 28.9.2010, n. 2032
Sportello unico - atti di assenso - conferenza di servizi - indizione - obbligo - sussistenza.
Dagli artt. 5 e 20 d.P.R. 380/2001, nonché 1 e 14 l. 241/90, discende che costituisce specifico obbligo dello sportello unico per l'attività edilizia, quello di attivarsi presso le altre amministrazioni al fine di acquisire gli ulteriori provvedimenti ed atti di assenso necessari per il rilascio dei permessi di costruire e di ogni altro atto di assenso comunque denominato in materia edilizia, risultando l'imposizione del relativo onere in capo al privato un ingiustificato e illegittimo aggravio del procedimento, in violazione del principio di buona andamento della PA. Ne consegue l'illegittimità del provvedimento che, in sede di rilascio del permesso di costruire, ne subordini l'operatività all'acquisizione dei detti pareri.

TAR Campania, Na, Sez. III, 17.9.2010, n. 17440
Art. 36 d.P.R. n. 380/2001 - tipizzazione legale silenzio - impugnazione - 60 giorni.
L'art. 36, co. 3, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia configura un'ipotesi legale di silenzio dell'amministrazione. Una volta inutilmente decorso il suddetto termine, sulla domanda di sanatoria si forma a tutti gli effetti un atto tacito di diniego, con il conseguente onere della parte interessata di agire in sede impugnatoria nel termine di legge di sessanta giorni decorrente dalla data di formazione dell'atto negativo tacito.

TAR Umbria, 15.9.2010, n. 465
PdC - decadenza - conseguenze - rinnovo - proroga.
La proroga del termine di efficacia del permesso di costruire è consentita solo con provvedimento motivato, previa istanza circostanziata del privato.
Con il decorso del termine di efficacia del permesso di costruire in assenza del completamento dell'opera, la decadenza dal titolo abilitativo è automatica, e dunque non è subordinata ad apposito atto ricognitivo della PA.
Secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, diversamente dal caso della proroga,che si limita a prolungare la durata del rapporto amministrativo, accedendo all'originario permesso di costruire, il rinnovo costituisce autonomo titolo edilizio, soggetto al rispetto della normativa vigente al momento della sua adozione.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 10.9.2010, n. 5655
Pdc - rilascio - apposizione condizioni - legittimità - limiti.
L'apposizione di una o più condizioni al rilascio di un titolo edilizio può ritenersi general-

mente ammessa soltanto quando si vada ad incidere su aspetti legati alla realizzazione dell'intervento costruttivo, sia da un punto di vista tecnico che strutturale, e ciò trovi un fondamento diretto o indiretto in una norma di legge o regolamento.
Pertanto, il comune non può assentire una concessione edilizia subordinatamente all'impegno del privato a rinunciare all'indennizzo dovuto, nel caso di futura espropriazione dell'opera, "in quanto tale condizione non è volta a perseguire alcun interesse pubblico riconducibile alla materia urbanistico-edilizia e si pone in contrasto con il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi". In tal modo, infatti, si tende al perseguimento di finalità estranee a quelle sottese al potere esercitato, legato allo svolgimento dell'attività edificatoria, funzionalizzando l'attività amministrativa ad interessi avulsi rispetto a quelli tipizzati dal legislatore.
L'inosservanza della disposizione comporta nullità parziale, residuando un potere totalmente vincolato.

TAR Lazio, Sez. II *bis*, 10.9.2010, n. 32217
Atto di asservimento - natura - conseguenze.
L'atto di asservimento dei suoli comporta la cessione di cubatura tra fondi contigui ed è funzionale ad accrescere la potenzialità edilizia di un'area, per mezzo dell'utilizzo della cubatura realizzabile in una particella contigua e del conseguente computo anche della superficie di quest'ultima, ai fini della verifica del rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria. Esso costituisce una sorta di obbligazione propter rem e realizza una particolare specie di relazione pertinenziale, costituendo un vincolo che rimane cristallizzato nel tempo.
L'esistenza di un atto di asservimento non impedisce che in sede di pianificazione generale sia dettata una nuova disciplina sulla volumetria e sulla capacità edificatoria, la quale restituisca al fondo una vocazione edificatoria

TAR Puglia, Le, Sez. III, 10.9.2010, n. 1962
DIA (ora SCIA) - presupposti.
DIA (ora SCIA) - potere repressivo - natura.
Sia il dato letterale, sia la ratio dell'art. 22 t.u. ed., inducono a subordinare l'operatività della SCIA alla conformità dell'attività edilizia alla normativa urbanistica vigente, in assenza della quale l'opera deve ritenersi realizzata sine titulo, per mancata produzione degli effetti legali tipici.
Ne discende il dovere della PA di esercitare il suo potere inibitorio e/o sanzionatorio anche dopo la scadenza del termine previsto per la verifica dei presupposti, prescindendo dai presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, così come dalle norme che riconoscono al privato le garanzie partecipative.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 27.8.2010, n. 4416
PdC - rilascio - titolarità del bene - verifiche - obbligo - sussiste - ampiezza.
Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, nel corso dell'istruttoria sul rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 11, d.P.R. 380/2001, il comune ha l'obbligo di verificare che esista il titolo per intervenire sull'immobile per il quale è richiesto il permesso di costruire e che, quindi, questo sia rilasciato al proprietario dell'area o a chi abbia titolo per richiederla. Peraltro a carico dell'amministrazione incombe solo tale adempimento e non, invece, di compiere complesse ricognizioni giuridico-documentali ovvero accertamenti in ordine ad eventuali pretese che potrebbero essere avanzate da soggetti estranei al rapporto concessorio.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II. 27.8.2010, n. 4414
PdC - rilascio - comproprietari - consenso – necessità - limiti.
In ipotesi di intervento edilizio su bene in comproprietà che comporti una alterazione del decoro architettonico del fabbricato - inteso quale "estetica data dall'insieme delle linee e delle strutture ornamentali che costituiscono la nota dominante dell'edificio imprimendo allo stesso una sua armoniosa fisionomia", legittimamente, l'amministrazione subordina il rilascio del titolo abilitativo all'assenso dei comproprietari.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 25.8.2010, n. 3418
PdC - volumetria – trasferimento - criteri.
In sede di redazione dello strumento urbanistico generale le aree a standards e le opere di urbanizzazione, primarie e secondarie, vengono normalmente previste in guisa da servire adeguatamente le varie parti del tessuto urbano, nel rispetto di un equilibrio basato sulla stima della quantità di utenti da dover accogliere.
Pertanto ove lo strumento urbanistico nulla preveda sulla possibilità di attuare lo spostamento di volumetria, esso può essere sempre

attuato tra fondi situati all'interno di una medesima maglia urbanistica soggetta a pianificazione attuativa unitaria, essendo in tal caso evidente che l'accumulo di cubatura in un punto della maglia o in un altro è indifferente ai fini di preservare la densità edilizia ed il rapporto tra cittadini residenti e dislocazione delle opere di urbanizzazione.

Ove lo strumento urbanistico non perimetri delle maglie soggette a pianificazione attuativa unitaria, o comunque il trasferimento di volumetria coinvolga fondi situati fuori da esse, può soccorrere anche il criterio della collocazione dei fondi nel medesimo quartiere; ma ove tale criterio risulti, per qualsivoglia motivo, inapplicabile il rispetto degli equilibri sottesi al piano regolatore pare potersi perseguire ammettendo il trasferimento di volumetria solo tra fondi "vicini", tra fondi, cioè, per i quali non vi sia dubbio che gravitino sulle medesime opere di urbanizzazione (cd. criterio della vicinanza dei fondi).

E' peraltro evidente che ove i fondi interessati dal trasferimento di volumetria non siano confinanti o non siano separati da una distanza all'evidenza indifferente dal punto di vista urbanistico, è l'interessato a dover dimostrare che il trasferimento di volumetria è ammissibile perché non va a gravare urbanisticamente diverse parti del territorio comunale.

TAR Puglia,Le,Sez. III, 13.7.2010, n.1700

Ristrutturazione edilizia ordinaria - *ex* art. 3 t.u.edilizia - integrazioni strutturali e limitati incrementi di volume e superfici - possibilità.

Gli interventi di ristrutturazione ordinaria (cioè senza previa demolizione) devono mantenere inalterati gli elementi strutturali che individuano e qualificano l'edificio preesistente, potendo però comportare integrazioni strutturali e cioè modifiche non stravolgenti la sagoma ed i prospetti, nonché limitati incrementi di superficie e volume

Sulla questione si v. anche TAR Emilia R., Bo, II, 25.2.2010, n. 1613 per il quale l'art. 10, co. 1, lett. c), del d.P.R. 6.6.2001 n. 380, consente "*di qualificare come interventi di ristrutturazione edilizia anche le attività volte a realizzare un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, implicanti un aumento di unità immobiliari e modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici utili*" con il limite costituito dalla pur sempre esigenza di poter identificare " *una linea distintiva tra le nozioni di ristrutturazione e nuova costruzione, potendo configurarsi la prima solo quando le modifiche volumetriche e di sagoma siano di portata limitata e comunque riconducibili all'organismo preesistente*; nonché TAR Lazio, Lt, 5.1.2006, n. 2 e TAR, Le, I, 19.6.2008, n. 1814.

«::::::::: GA :::::::::»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5.10.2010, n. 7310
Ristrutturazione edilizia - nozione - limiti.
Deve escludersi che prima dell'entrata in vigore del t.u. ed., nelle ipotesi di ristrutturazione edilizia potessero essere ricompresi gli interventi di demolizione con ricostruzione non fedele, fermo che anche in precedenza la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito la sussimibilità entro la nozione sopra citata delle opere di demolizione e fedele ricostruzione, con conseguente venuta ad esistenza di un immobile identico al preesistente per tipologia edilizia, sagoma e volumi.

Consiglio di Stato, V, 14.9.2010, n. 6671
Vincolo cimiteriale - natura - *rationes* - nozione - estensione.
L'art. 338 r.d. 1265/34 vieta l'edificazione nelle aree ricadenti in fasce di rispetto cimiteriale dei manufatti che possono qualificarsi come costruzione edilizie, come tali incompatibili con la natura dei luoghi e con l'eventuale espansione del cimitero. Esso costituisce, secondo la consolidata giurisprudenza, vincolo assoluto di inedificabilità che non consente in alcun modo l'allocazione sia di edifici, che di opere incompatibili col vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale fascia di rispetto intende tutelare e che possono enuclearsi nelle esigenze di natura igienico sanitaria, nella salvaguardia della peculiare sacralità che connota i luoghi destinati all'inumazione e alla sepoltura, nel mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale.
Il vincolo di rispetto cimiteriale, riguarda non solo i centri abitati, ma anche i fabbricati sparsi.
Esso dunque preclude il rilascio della concessione, anche in sanatoria, senza necessità di compiere valutazioni in ordine alla concreta compatibilità dell'opera con i valori tutelati dal vincolo.
Anche il parcheggio interrato, in quanto struttura servente all'uso abitativo e, comunque, posta nell'ambito della fascia di rispetto cimiteriale, rientra tra le costruzioni edilizie del tutto vietate dalla disposizione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 16.8.2010, n. 5704
Costruzioni in zona agricola - compatibilità urbanistica - valutazione - necessità - sussiste.
È incompatibile con la destinazione ad area agricola la costruzione di una tettoia aperta ad uso stoccaggio di batterie, pile e rifiuti ospedalieri. Né può assumere rilievo la precedente destinazione urbanistica o il fatto che in base alla precedente destinazione sia stato realizzato un impianto di raccolta di rifiuti.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.8.2010, n. 5170
Lottizzazione abusiva - mutamento destinazione d'uso - configurabilità - sussiste.
Integra un'ipotesi di lottizzazione abusiva la trasformazione di manufatti originariamente assentiti a scopo artigianale in unità residenziali.
Infatti, e conformemente all'orientamento della giurisprudenza di legittimità, il mutamento di destinazione d'uso incide profondamente su scelte di carattere assolutamente discrezionale della PA, condizionando la futura programmazione del territorio da parte della PA e l'assetto del territorio già stabilito.

C.G.A.R.S., 16.9.2010, n. 1200
Ristrutturazione edilizia - mediante demolizione e ricostruzione - limiti.
Atteso che la demolizione e ricostruzione di un edificio è finalizzata a conservare una consistenza immobiliare che resta soggetta alle norme in vigore al tempo della sua edificazione, autorevole giurisprudenza ha chiarito che un intervento può essere qualificato come ristrutturazione soltanto ove le opere riguardino un fabbricato ancora esistente, per tale intendendo un'entità dotata quantomeno di murature perimetrali, di strutture orizzontali e di copertura, in grado di assolvere le loro funzioni di delimitazione, sostegno e protezione. Ne discende che anche volendo aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui tra le due fasi dell'operazione (demolizione e ricostruzione) può intercorrere un apprezzabile lasso di tempo, purché giustificato da motivi tecnici, la fattispecie non possa riguardare un edificio in parte demolito negli anni '50, ove non sussistano motivi tecnici in grado di giustificare tale ritardo.

TAR Lazio, Lt, 1.10.2010, n. 1626
Precarietà dell'opera - nozione.
Il deposito di una roulotte all'interno di un suolo privato deve qualificarsi quale costruzione urbanisticamente rilevante in presenza di indici in grado di supportare il carattere non precario della installazione.
A sua volta, la precarietà di un manufatto, tale per cui esso non necessiti di concessione edilizia, va esclusa se il manufatto stesso è destinato a recare un'utilità prolungata e perdurante nel tempo. In tal caso, infatti, esso produce una trasformazione urbanistica perché altera in modo rilevante e duraturo lo stato del territorio, senza che rilevino i materiali impiegati, l'eventuale precarietà strutturale e la mancanza di fondazioni, se tali elementi non si traducano in un uso contingente e limitato nel tempo, con l'effettiva rimozione delle strutture.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 28.9.2010, n. 2025
Attività repressiva - competenza - delega - ammissibilità - limiti.
Ai sensi dell'art. 27 d.P.R. 380/2001, ed in coerenza con la distinzione tra funzione di indirizzo politico e funzione gestionale posta dal TUEL, spetta al dirigente o al responsabile del pertinente ufficio comunale, l'adozione di provvedimenti di sospensione dei lavori sine titulo, essendo la delega agli organi di polizia giudiziaria ammissibile solo in presenza di specifica disposizioni di legge

TAR Calabria, Rc, Sez. I, 23.8.2010, n. 915
DIA (ora SCIA) - natura giuridica - PA - poteri.
Tettoia - titolo abilitativo - individuazione - criteri.
Conformemente all'orientamento maggioritario, la D.I.A. non ha natura provvedimentale implicita, trattandosi al contrario di un atto del privato.
Sulla stessa il soggetto pubblico può esercitare un potere inibitorio, entro i termini di decadenza, e un potere di autotutela decorsi detti termini, subordinato alla valutazione sull'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto prevalente sull'interesse del privato.
Secondo la costante giurisprudenza, gli interventi consistenti nella installazione di tettoie o di altre strutture, che siano comunque apposte a parti di preesistenti edifici come strutture accessorie di protezione o di riparo di spazi liberi, cioè non compresi entro coperture volumetriche previste in un progetto assentito, possono ritenersi sottratti al regime del permesso di costruire soltanto ove la loro conformazione e le loro ridotte dimensioni rendono evidente e riconoscibile la loro finalità di arredo o di riparo e protezione (anche da agenti atmosferici) dell'immobile cui accedono. Tali strutture non possono viceversa ritenersi installabili senza permesso di costruire allorquando le loro dimensioni sono di entità tale da arrecare una visibile alterazione all'edificio o alle parti dello stesso su cui vengono inserite; quando cioè per la loro consistenza dimensionale non possono più ritenersi assorbite, ovvero ricomprese in ragione della accessorietà, nell'edificio principale o della parte dello stesso cui accedono. Conformemente al disposto dell'art. 3, lett. e.5), d.P.R. 380/2001, dunque, è da considerarsi intervento di nuova costruzione, per il quale è necessario il premesso di costruzione, la realizzazione di due vani di struttura metallica leggera sul lastrico solare di edificio esistente, asseritamente destinati a giardino d'inverno e locale tecnico. Esse, infatti, non hanno natura pertinenziale e sono volte a soddisfare esigenze non transitorie.

TAR Sicilia, Ct, Sez. III, 20.7. 2010, n. 3127
Ristrutturazione e ruderi.
Gli interventi di manutenzione straordinaria postulano la preesistenza di un organismo edilizio già ultimato e operativo, di cui s'intende conservare o rinnovare la funzionalità, mentre la ristrutturazione consiste in una modalità di conservazione dell'edificio preesistente nella sua consistenza strutturale, anche se realizzata attraverso interventi strutturali di demolizione e ricostruzione. Un intervento di ristrutturazione edilizia (anche di demolizione e ricostruzione) presuppone un organismo edilizio dotato di mura perimetrali, strutture orizzontali e copertura in stato di conservazione tale da consentire la sua fedele ricostruzione.
Il concetto di ristrutturazione postula infatti necessariamente l'esistenza di un manufatto da riedificare e consolidare dotato di mura perimetrali, strutture orizzontali e copertura per cui i ruderi, che non possiedono tali elementi, sono da considerarsi un'area non edificata.

- PAESAGGIO -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.9.2010, n. 7129
Manufatto abusivo - area protetta - art. 7 della l.n. 241/1990 - non si applica.
La costruzione abusiva di manufatti su di un'area qualificata dal piano territoriale paesistico come "di protezione integrale" legittima l'adozione dei conseguenti atti sanzionatori in assenza della comunicazione di avvio del procedimento, prevista negli artt. 7 e ss. della l. 241/1990.
Il Consiglio di stato fa applicazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in ragione del loro contenuto rigidamente vincolato, gli atti sanzionatori in materia edilizia (tra cui l'ordine di demolizione della costruzione abusiva) non devono essere preceduti dalla comunicazione d'avvio del relativo procedimento (sul punto, - *ex plurimis* - CdS, IV, 15.5. 2009, n. 3029; *id*., IV, 26.9.2008, n. 4659; *id*., V, 19.9.2008, n. 4530; *id*., V, 26.2.2003, n. 1095).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.8.2010, n. 5980
Annullamento ministeriale - CAP - non occorre.
Autorizzazione - motivazione - clausola di stile - illegittimità - sussiste.
Eccesso di potere - disparità di trattamento - invocabilità - limiti.
È legittimo l'annullamento ministeriale di nulla osta paesaggistico in assenza di comunicazione di avvio del procedimento, sia in base al disposto dell'art. 159, co. 1, d.lg. 42/2004, il quale stabilisce in modo espresso che la comunicazione relativa all'avvenuto rilascio del nulla osta da parte dell'Ente a ciò competente costituisce avviso di inizio di procedimento, ai sensi e per gli effetti della l. 241/90; sia in base all'art. 2 d.m. 165/2002, che ha espressamente stabilito che la comunicazione in questione non sia dovuta (inter alia) a fronte del complessivo procedimento – ad istanza di parte – volto al rilascio del nulla osta paesaggistico; sia in considerazione della consolidata tribunali amministrativi - giurisprudenza amministrativa.
È illegittima l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dall'ente delegato, motivata sulla considerazione che "gli interventi edili da eseguire ben si inseriscono nel complesso ambientale a paesistico circostante e che i medesimi non arrecano alcun pregiudizio al godimento di visuali o sfondi panoramici".
Si tratta, infatti, di una sorta di 'pseudo-motivazione', la quale si limita a riaffermare con formule di stile il dato della compatibilità dell'intervento con il vincolo insistente sull'area, senza in alcun modo esplicitare le effettive ragioni per cui si riteneva di ammettere la deroga al vincolo di protezione totale colà esistente.
L'eccesso di potere per disparità di trattamento non è configurabile quando il termine di raffronto consista in precedenti atti non conformi a legge, essendo evidente che colui che sia stato legittimamente escluso da un determinato beneficio non possa invocare l'eventuale illegittimità commessa a favore di altri al fine di ottenere che essa venga compiuta anche in proprio.

C.G.A.R.S., 21.9.2010, n. 1221
Abusi - sanzione pecuniaria - natura - presupposti.
L'obbligazione pecuniaria di cui all'art. 167, co. 5, d. lgs. 42/04 costituisce sanzione amministrativa pecuniaria, e non fattispecie risarcitoria, come tale applicabile anche alle violazioni formali, e quindi, in assenza di un illecito sostanziale. Infatti, anche in questi casi, si è in presenza di una lesione di un interesse tutelato, identificabile nell'illecito ostacolo - riconducibile alla mancata richiesta del nulla-osta - all'effettuazione dei prescritti controlli sugli interventi edilizi incidenti su beni protetti, controlli istituzionalmente affidati all'amministrazione preposta alla gestione dei valori ambientali e paesistici, onde scongiurare in via preventiva il prodursi di lesioni "sostanziali".

TAR Lombardia, Br, 22.9.2010, n. 3555
Paesaggio - sanatoria postuma - concessione - potere - limiti.
Il divieto di sanatoria paesistica ha la funzione di impedire alla PA di trasformare ordinariamente il danno ambientale in equivalente monetario, con la conseguenza che esso pare ammissibile ove non vi sia danno ambientale, o sia addirittura possibile ottenere un guadagno ambientale, con assunzione da parte del trasgressore di specifiche obbligazioni nell'interesse

del vincolo paesistico.

«::::::::: GA :::::::::»

- ESPROPRIAZIONE -

della Dott.ssa Michela Urbani

Corte Costituzionale, 8.10.2010, n. 293
Acquisizione sanante - illegittimità costituzionale - va dichiarata.
Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 t.u. espr., avente ad oggetto la disciplina dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, la quale consente all'autorità che abbia utilizzato a detti fini un bene immobile in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di p.u., di disporne l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile, salvo l'obbligo di risarcire i danni al proprietario.
La norma infatti viola l'art. 76 cost., posto che la legge delega consentiva unicamente il riordino del tessuto normativo esistente, laddove l'istituto costituisce originale rielaborazione delle acquisizioni di derivazione giurisprudenziale, di dubbia compatibilità con la stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 6.10.2010, n. 7339
Vincoli espropriativi - decadenza - effetti.
Qualora il vincolo espropriativo sia scaduto per decorso del termine di 5 aa. senza che si sia provveduto all'approvazione del piano particolareggiato ovvero all'approvazione del progetto esecutivo o definitivo di opera pubblica, da un lato, la nuova disciplina edificatoria applicabile all'area interessata corrisponde a quella stabilita per le cd. zone bianche, e, dall'altro lato, siffatta situazione di inedificabilità pressoché assoluta ha carattere provvisorio, dovendo l'Amministrazione procedere il più rapidamente possibile all'obbligatoria integrazione del piano divenuto parzialmente inoperante.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.9.2010, n. 6862
Progetto definitivo - istruttoria - allegati - occupazione usurpativa - sanatoria.
Deve considerarsi definitivo il progetto che contenga elaborati compatibili con quelli previsti dall'art. 25, dPR 21.12.1999, n. 554 per tale tipo di progetto, specie ove si dia espressamente atto che la sua approvazione equivale a dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dell'opera.
Quando sia richiesta, per il tipo di opera pubblica oggetto del progetto, la positiva valutazione di impatto ambientale, questa non può che precedere l'approvazione del progetto definitivo, venendosi essa a configurare quale necessario elemento dell'istruttoria volta alla compiuta individuazione dei lavori da realizzare, con riferimento all'esistenza di eventuali elementi di incompatibilità ambientale in relazione alla localizzazione prevista e alle eventuali alternative. E' chiaro, infatti, che la valutazione di impatto ambientale viene effettuata in riferimento ad un momento temporale ben preciso e rapportata ad una determinata (proposta di) localizzazione di un intervento incidente su interessi fondamentali della collettività (relativi alla salute, all'ambiente, al corretto utilizzo del territorio), sì che la verifica dei profili di impatto ambientale, lungi dal tradursi in nuovo (e formale) adempimento burocratico della procedura volta alla realizzazione di un'opera pubblica, ben può (anzi, deve) incidere sullo stesso momento della approvazione del progetto definitivo, che dalla valutazione ambientale può uscire più o meno profondamente trasformato rispetto alla sua impostazione iniziale.
Alle opere qualificabili come "aeroporti", in quanto infrastrutture ricomprese nell'elenco B dell'Al.III alla parte seconda del d. lg. 152/2006, si applica (quando non ricadenti in aree naturali protette) la procedura di verifica di cui all'art. 32 dello stesso decreto; e tanto, pur in mancanza di tempestivo adeguamento da parte della Regione Basilicata alla disposizioni del d. lg. n. 152/2006.
L'annullamento di atti inerenti la procedura di espropriazione per pubblica utilità comporta, quale effetto ripristinatorio del giudicato in termini di adeguamento dello stato di fatto a quello di diritto, la restituzione del bene oggetto di ablazione previa riduzione in pristino; né

l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica fa venire meno l'obbligo per l'amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente espropriato. In caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un legittimo provvedimento di acquisizione ex art. 43 d.P.R. 327/2001, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione, né addurne l'eccessiva onerosità (art. 2058 c.c.) ovvero il pregiudizio all'economia nazionale derivante dalla distruzione della cosa (art. 2933 c.c.).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.8.2010, n. 5174
Occupazione d'urgenza - ordinanza - motivazione.
Già nel quadro normativo antecedente l'entrata in vigore del t.u. espr, l'ordinanza di occupazione d'urgenza, in quanto riguardante una fase puramente attuativa di quella relativa alla PU, appariva sufficientemente motivata con l'espresso riferimento a tale dichiarazione.
A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 27 t.u. cit., deve ritenersi sufficiente la motivazione dell'ordinanza di occupazione che rilevi l'urgenza di consentire la realizzazione del progetto di PU.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 3.8.2010, n. 5155
DPU implicita - comunicazione avvio procedimento - obbligo - sussiste.
Vincoli - destinazione a servizi - natura - conformativa.
Sussiste l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento anche per le dichiarazioni implicite di pubblica utilità, nella specie con riferimento ad approvazione di progetto definitivo di opera pubblica, ex art. 14, co. 13, l. 109/94.
La destinazione di zona a servizi costituisce vincolo conformativo e non espropriativo, correlato alle determinazioni di pianificazione urbanistica rientranti nella discrezionalità dell'amministrazione, come tale non soggetto a decadenza.

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 17.8.2010, n. 3401
Espropriazione per pubblica utilità - t.u. - retrocessione totale bene espropriato - controversia - giudice ordinario.
Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi in vigenza dell'art. 63 della l. n. 2359 del 1865 e reiterato in relazione all'art. 46 del d.p.r. n. 327 del 2001, che riproduce nella sostanza il testo della disposizione della legge fondamentale sugli espropri, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la retrocessione totale del bene espropriato e non utilizzato nei termini dall'amministrazione per lo scopo per il quale il provvedimento ablatorio era stato adottato, sussistendo nell'ipotesi di retrocessione un vero e proprio diritto soggettivo perfetto del proprietario ad ottenere la restituzione del bene inutilmente espropriato, come tale tutelabile davanti al giudice ordinario. In tale situazione, infatti, il proprietario espropriato è titolare di uno "ius ad rem" di carattere potestativo di contenuto patrimoniale, che gli consente di agire dinanzi al giudice ordinario per chiedere la pronunzia di decadenza della dichiarazione di pubblica utilità e la restituzione dei beni espropriati acquisiti al patrimonio disponibile dell'amministrazione espropriante allorché questa non abbia portato a compimento l'opera pubblica.

«::::::::: GA :::::::::»

- AMBIENTE -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.9.2010, n. 7128
Inquinamento elettromagnetico - localizzazione stazioni di telefonia mobile - regolamento comunale - illegittimità - attribuzione alla legislazione concorrente Stato-regioni.
È illegittimo un regolamento comunale in tema di fissazione dei criteri per la localizzazione delle stazioni radio base per telefonia mobile laddove l'ente territoriale si sia posto quale obiettivo (non dichiarato, ma evincibile dal contenuto dell'atto regolamentare) quello di preservare la salute umana dalle emissioni elettromagnetiche promananti da impianti di radiocomunicazione (ad esempio attraverso la fissazione di distanze minime delle stazioni radio base da particolari tipologie d'insediamenti abitativi), essendo tale materia attribuita alla legislazione concorrente Stato-Regioni dell'art. 117 cost., come riformato dalla l. cost. 18.10.2001 n. 3

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.9.2010, n. 6522
Inquinamento - fattori responsabili - individuazione da parte della regione - limiti più restrittivi - legittimità.
Le Regioni hanno l'obbligo di rilevare obiettivamente la situazione di inquinamento, individuandone anche le ragioni ed i singoli fattori responsabili, e di valutare altrettanto obiettivamente, attraverso la misurazione dei singoli fattori di inquinamento ed il loro monitoraggio anche con riferimento ai valori soglia prestabiliti, le misure più adeguate per il conseguimento della finalità di tutela dell'ambiente area, secondo programmi, azioni ed obiettivi: è del tutto ragionevole pertanto ritenere che l'amministrazione regionale possa anche limitare l'uso di un olio combustibile, quand'anche astrattamente ritenuto assolutamente utilizzabile secondo la generale normativa in materia ambientale, se esso, con riferimento ad una particolare area geografica, previamente definitiva, ed in ragione della peculiare situazione di incremento di quest'ultimo, da solo o per effetto dell'azione combinata con altri fattori inquinanti possa determinare il superamento della soglia dei valori limiti di inquinamento.

TAR Lazio, Sez. I ter, 30.9.2010, n. 32618
Vincolo idrogeologico - trasformazione dei terreni - adozione misure restrittive e impeditive - possibilità.
La tutela derivante dal vincolo idrogeologico si estende a tutti gli interventi edificatori interessanti terreni non boschivi, purché compresi nell'area vincolata, per cui la trasformazione dei terreni, cui fa riferimento l'art. 7 del R.D. n. 616.5.1926, n. 1126, e i lavori di trasformazione, previsti dal successivo art. 21, consentono alla P.A. di adottare non già mere prescrizioni operative, bensì misure restrittive ed anche impeditive di ogni tipo di intervento che, per le sue caratteristiche e per i mezzi impiegati, incidano sul territorio in modo non dissimile dalle utilizzazioni per scopi agricoli (CdS, V, 28.1.1997, n. 89).

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 24.9.2010, n. 3502
V.I.A. - mancata approvazione piano regolatore degli impianti eolici - legittimità.
Ben può l'amministrazione pronunciarsi sulla valutazione ambientale anche in mancanza del P.R.I.E., in quanto la tardiva approvazione da parte degli enti locali finirebbe col costituire una soprassessoria senza limite di tempo non consentita dall'ordinamento in materia.

TAR Toscana, Sez. II, 31.8.2010, n. 5145
Principio di precauzione - immediata applicabilità - misure protettive senza dimostrate gravità rischi - rifiuti - applicabilità - armonizzazione - principio proporzionalità.
Il principio di precauzione, di derivazione comunitaria, sancito dall'art. 174 par. 2, del Trattato di Roma trova applicazione in tutti quei settori in cui si manifesta la necessità di un elevato livello di protezione, indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano. In tale senso le stesse istituzioni giudiziarie dell'Unione europea hanno avuto modo di affermare l'immediata applicabilità del principio di precauzione quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, e la conseguente possibilità di adottare misure protettive, senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la re-

altà e la gravità di tali rischi. Detto principio è pacificamente ritenuto applicabile alla materia del trattamento e dello smaltimento dei rifiuti (Corte giustizia C.E., sez. IV, 4.3.2010, n. 297), dovendo, peraltro, armonizzarsi, nella concreta applicazione, con quello di proporzionalità, non potendo chiaramente prefigurarsi la prevalenza del primo sul secondo, ma dovendosi ricercare un loro equilibrato bilanciamento in relazione agli interessi pubblici e privati in gioco. Conseguentemente tutte le decisioni adottate dalle autorità competenti in materia ambientale devono essere assistite - in relazione alla pluralità e alla rilevanza degli interessi in gioco - da un apparato motivazionale particolarmente rigoroso, che tenga conto di una attività istruttoria parimenti ineccepibile (TAR Campania Napoli, sez. V, 2.11.2009, n. 6758).

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 6.8.2010, n. 2656
Omissione comunicazione avvio procedimento - legittimità ragioni di celerità - istruttoria - forma libera
La mancanza di comunicazione d'avvio del procedimento è dovuta "ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento", e nel caso di fenomeni di inquinamento della falda freatica con possibile inquinamento batteriologico le ragioni di celerità permettono l'omissione dell'avviso. L'istruttoria nel procedimento amministrativo in generale si svolge in forma libera, e non conosce prove legali predeterminate, talchè possono essere senz'altro usate dall'amministrazione prove costituite da dichiarazioni di persone a conoscenza dei fatti e documentazione prodotta dagli stessi.

TAR Lombardia, Br, Sez. II, 2.8.2010, n. 2612
Impianti di illuminazione - riscatto dall'Enel concessionario - competenza del comune individuare la gestione più economica.
Deve ritenersi sussistere, in capo agli enti locali, l'astratta possibilità di riscattare la proprietà degli impianti di illuminazione pubblica realizzati da Enel, quale concessionario di servizio. Infatti la facoltà di riscatto non è stata abrogata dalla normativa successivamente sopravvenuta, ma è tuttora riconosciuta dall'ordinamento al fine di garantire la possibilità al comune di individuare, attraverso una gara pubblica, il soggetto migliore cui affidare la gestione del servizio mediante concessione; detto servizio non rientrando tra quelli che, ex lege, il comune può ancora gestire direttamente, il suo riscatto è preordinato a garantire solo la disponibilità degli impianti al comune, in modo tale che questi possa individuare il modo più economico e soddisfacente per l'interesse pubblico della sua gestione, a nulla rilevando la modalità di quest'ultima.

TAR Molise, Sez. I, 23.7.2010, n. 374
Competenza - approvvigionamento energetico - dimensione ultraregionale - M.ro sviluppo economico per autorizzazione unica - autorità marittima per interesse alla navigazione ed all'utilizzo del demanio marittimo.
L'interesse all'approvvigionamento energetico ha certamente dimensione ultraregionale e viene affidato alla valutazione del Ministero dello sviluppo economico nell'ambito del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica e se analoga dimensione ultraregionale riveste l'interesse alla navigazione ed all'utilizzo del demanio marittimo, affidato alla ponderazione dell'autorità marittima nell'ambito dell'ulteriore autonomo subprocedimento di rilascio della concessione demaniale all'uopo prevista (cfr. art. 12, co. 3 del d. lgs. 29.12.2003, n. 387), non può del pari accedersi alla prospettazione volta a riconoscere all'interesse ambientale analoga dimensione ultraregionale. Ciò in quanto gli effetti diretti ed indiretti di possibile pregiudizio recati da un impianto di produzione di energia elettrica alle varie componenti del valore ambientale (uomo, flora, fauna, aria, acqua, clima, suolo e patrimonio culturale ex art. 4 d. lgs. 152/2006) non può prescindere dal criterio della vicinitas in quanto il maggiore o minore impatto dell'opera sui fattori ambientali è strettamente collegato alla dimensione spaziale e ciò soprattutto in presenza di impianti non inquinanti ma ad elevato "impatto visivo".

TAR Toscana, Sez. II, 21.7.2010, n. 3140
M.I.S.E. - omessa motivazione in ordine ai rischi da fronteggiare - illegittimità.
Gli interventi di messa in sicurezza di emergenza - ai sensi del d.lgs. n. 22/97 e del d.m. n. 471/99 - si giustificano unicamente ove occorra porre riparo a situazioni improvvise di inquinamento, tali da richiedere misure immediate di rimozione e comunque contenimento della diffusione degli inquinanti, in attesa della bonifica o della messa in sicurezza permanente (fra le altre, cfr. TAR Toscana, sez. II, 6.5.2009, n. 762, in tema di m.i.s.e. ordinata ai sensi delle

analoghe disposizioni ora contenute D.Lgs. n. 152/06). La totale assenza di motivazione in ordine alla configurabilità di rischi da fronteggiare in via d'urgenza vizia l'adozione degli interventi di messa in sicurezza d'emergenza.

Tar Umbria, sez. I, 9.7.2010, n. 402

Servizio pubblico - organizzazione sovra comunale - confermato dalla l. 42/2010 - VAS - obbligatoria per piani e programmi di gestione dei rifiuti se quadro di riferimento - Piano di Ambito - esclusione.

L'organizzazione di un servizio pubblico nel proprio territorio da parte di un comune sottostà indiscutibilmente al principio dell'appartenenza necessaria dell'ente locale all'organizzazione sovracomunale. Infatti se così non fosse le Autorità D'Ambito sarebbero inevitabilmente destinate alla paralisi: in un simile contesto, gli eventuali conflitti tra le amministrazioni locali coinvolte non possono che trovare la loro composizione attraverso la mediazione politica esplicabile all'interno degli organi dell'organizzazione sovracomunale; fermo restando che, alla fine, è la maggioranza che decide, e che i provvedimenti dell'organizzazione sovracomunale – se adottati nel rispetto del procedimento di formazione della volontà degli organi collegiali, ed indenni da vizi di legittimità – risultano vincolanti anche per la minoranza (cfr., in tal senso, anche se con riguardo ad un ATO operante in materia di servizio idrico integrato, TAR Lazio, Lt, 17.2.2009, n. 124). Così che il singolo ente locale non può intraprendere percorsi autonomi e scegliere modalità di gestione del servizio diverse da quelle individuate dall'Autorità (cfr. TAR Lombardia, Br, II, 19.11.2009, n. 2238, anch'essa in tema di servizio idrico integrato).

L'ordinamento, in linea di principio, non asseconda l'aspirazione di un comune ad occuparsi autonomamente del ciclo dei (propri) rifiuti, o di alcune delle relative fasi. Si perderebbe la possibilità di sfruttare le corrette sinergie, e qualcuno degli enti finirebbe per generare costi ambientali dei quali non sopporta (almeno non integralmente) l'onere, "scaricandoli" sui Comuni limitrofi La gestione sovracomunale dei rifiuti non è venuta meno neanche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, co. 186-bis, della l. 191/2009, come introdotto dall'art. 1, co. 1-quinquies, del d.l. 2/2010, convertito in l. 42/2010. Detta disposizione, infatti, prevede la soppressione delle Autorità di Ambito, ma dispone che, entro un anno, "le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza". Il Legislatore statale, in tal modo, non ha voluto senz'altro ripudiare la scelta di gestire il servizio in un ambito sovracomunale; ma soltanto consentire una riallocazione delle funzioni (alla regione, alle province, a forme associative o convenzionali tra comuni) secondo le diverse esigenze dei territori e delle collettività regionali, prevedendo comunque (evidentemente, per ragioni di contenimento della spesa) l'eliminazione di un'entificazione autonoma del soggetto titolare delle funzioni (altrimenti, come già avvenuto ad opera del precedente co. 186 per la soppressione dei Consorzi di funzioni, avrebbe disposto semplicemente la retrocessione ai comuni dei relativi compiti).

La VAS "viene effettuata" (cioè, è obbligatoria), per tutti quei piani e programmi elaborati per il settore della "gestione dei rifiuti (…) che definiscono il quadro di riferimento per l'approvazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli allegati II, II e IV" (art. 6, co.2, lett. a), del d.lgs. 152/2006, che riproduce l'articolo 3, par. 2, lett. a), della Dir.2001/42/CE); inoltre, l'Autorità competente deve valutare se i piani e programmi diversi dai predetti "che definiscono il quadro di riferimento per l'autorizzazione dei progetti, possono avere effetti significativi sull'ambiente" (art. 6, co. 3-bis, del d.lgs. 152/2006) e procedere alla VAS se, all'esito della preventiva procedura di screening, emergono simili effetti significativi; una simile qualificazione non sembra possa essere attribuita al Piano di Ambito, né in base alla l.r. 14/2002, né in base all'art. 203, del d.lgs. 152/2006; infatti: il Piano di Ambito deve assicurare la gestione unitaria dei rifiuti urbani ed assimilati "in applicazione degli indirizzi e delle prescrizioni" della normativa statale e "nel rispetto di quanto disposto dal Piano regionale" (art. 12, co. 1, della l.r. 14/2002); coerentemente, anche l'autorizzazione unica necessaria per la realizzazione e la gestione di impianti di recupero e di smaltimento di rifiuti è attribuita alla competenza della Regione o della Provincia da essa delegata (art.208 del d.lgs. 152/2006).

«::::::::: GA :::::::::»

- OSSERVATORIO PENALE -

del Dott. Andrea Valerio Cambi

Corte di Cass. pen., Sez. III, 20.9.2010 n. 33910
Lottizzazione abusiva e buona fede.
La sola circostanza che i ricorrenti non risultino allo stato indagati non consente di considerarli "terzi" rispetto al configurato reato di lottizzazione abusiva, in quanto ben potrebbero assumere, in seguito ad ulteriori e più approfonditi accertamenti, la anzidetta qualità che oggi non rivestono. Ugualmente appare errato limitare l'accertamento della buona fede alla mera circostanza dell'acquisto degli immobili tramite rogito notarile ed al rilievo dell'idoneità di tali titoli a trasferire la proprietà.
Infatti, la lottizzazione abusiva negoziale - in particolare - ha carattere generalmente plurisoggettivo, poiché in essa normalmente confluiscono condotte convergenti verso un'operazione unitaria caratterizzata dal nesso causale che lega i comportamenti dei vari partecipi (quanto meno del venditore-lottizzatore e dell'acquirente) diretti a condizionare la riserva pubblica di programmazione territoriale.

Corte di Cass. pen., Sez. III, 22.9.2010 n. 34215
Lottizzazione e terzo acquirente.
Costituisce elemento sintomatico, quanto meno della incuria dei terzi acquirenti di immobile oggetto di lottizzazione abusiva, la circostanza che gli stessi, pur in presenza di un certificato di destinazione urbanistica che evidenziava la vocazione agricola della zona, non si siano dati carico di accertare la edificabilità dell'aera per usi residenziali; tale verifica avrebbe infatti potuto rilevare la evidente illegittimità del permesso di costruire rilasciato. Costoro, anche se non indagati, non possono considerarsi soggetti estranei al reato ed in buona fede perché, sia pure per trascuratezza, sono venuti meno al dovere di informazione e di conoscenza che costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Corte di Cass. pen., Sez. III, 8.9.2010 n. 32952
Demolizione giudiziale - acquisizione gratuita - rapporti.
Sono ostativi all'esecuzione dell'ordine di demolizione ordinato dal giudice penale, il provvedimento di acquisizione gratuita dell'immobile abusivo al patrimonio disponibile del comune e la valutazione da parte del consiglio comunale dell'esistenza di prevalenti interessi al mantenimento delle opere abusive.

Corte di Cass. pen., Sez. III, 1.9.2010 n. 32547
Concorso materiale di reati - sanatoria - efficacia estintiva - estensione.
In ipotesi di abuso in zona sottoposta a vincolo sismico e paesaggistico, l'ottenimento della sanatoria ha efficacia estintiva dei soli reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche in vigore e non si estende ad altri reati correlati alla tutela di interessi diversi, salvo l'esperimento – per gli interventi minori- della procedura prevista dal novellato art. 181 d. lgs. 42/2004.

«::::::::: GA :::::::::»

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

D.P.R. 7.9.2010, N. 168 (IN G.U. 12.10.2010, N. 239). – REGOLAMENTO IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA, A NORMA DELL'ART.23-BIS, CO. 10, DEL D.L. 25.6.2008, N. 112, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA L. 6.8.2008, N. 133

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 concorrenziale e, viceversa, 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 dalla data di 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 s.m.i..

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 proce-

da 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.
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, commi 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'articolo 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 c.p.c..

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 im-

porto 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. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare

Dopo una lunga gestazione è stato, finalmente, pubblicato il *"Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica"* adottato ai sensi dell'art. 23 *bis*, co. 10, del d.l. n. 112/2008. Se ne illustreranno, di seguito, le disposizioni di maggiore interesse.
L'art. 1 ribadisce quanto già stabilito dal co. 1 *ter* dell'art. 15 del d.l. 25.9.2009, n. 135 (conv. con modificazioni in l. 20.11.2009, n. 166): l'autonomia gestionale del soggetto gestore, da un lato, e la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche unitamente alla spettanza esclusiva del governo di queste alle istituzioni pubbliche, dall'altro. E, di seguito, definisce l'ambito di applicazione del Regolamento, escludendovi: gas naturale, energia elettrica, trasporto ferroviario regiona-

le, farmacie comunali e servizi cd. *"strumentali" ex* art. 13, c. 1, d.l. n. 223/2006 (conv. con modificazioni in l. 4.8.2006, n. 248).

L'art. 2 impone agli enti locali di effettuare una verifica periodica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali (da cui la rubrica della disposizione in esame: *"misure in tema di liberalizzazione"*). Tale verifica deve essere effettuata mediante un'analisi di mercato dell'inidoneità – secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza – della libera iniziativa economica privata a garantire un servizio rispondente ai bisogni della collettività di riferimento. Le risultanze della verifica in questione, quindi, devono essere versate in una delibera – da inviare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – che illustri, da un lato, il fallimento del sistema concorrenziale e, dall'altro, i vantaggi del regime di affidamento in esclusiva del servizio pubblico locale.

Il successivo art. 3, invece, disciplina le procedure competitive ad evidenza pubblica con le quali, ai sensi del co. 2 dell'art. 23 *bis*, devono disporsi (in via ordinaria) gli affidamenti. Le gare – alla quali, viene precisato, possono partecipare anche società a capitale interamente pubblico – devono essere indette nel rispetto di standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza; ed i relativi bandi o lettere d'invito devono promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei relativi mercati, tra l'altro:

a) escludendo 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) assicurando 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) commisurando la durata degli affidamenti alla consistenza degli investimenti a carico del gestore;

d) escludendo forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti, che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, idonee a produrre effetti restrittivi della concorrenza;

e) prevedendo l'adozione di carte di servizi.

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, bando o lettera d'invito devono assicurare, tra l'altro, che il socio privato selezionato: da un lato, svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso, pena l'avvio di una nuova procedura di affidamento; e, dall'altro, veda predeterminati i criteri e le modalità di liquidazione della propria quota alla cessazione della gestione.

L'art. 4 individua in €. 200.000 la soglia al di sopra della quale è obbligatorio il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; nonché, limitatamente al settore idrico, i profili in relazione ai quali l'ente affidante può rappresentare la specifiche condizioni a favore della gestione *"in house"* (con la precisazione che, in tale caso, l'ente è chiamato a verificare annualmente l'effettivo rispetto delle suddette condizioni).

Il successivo art. 5, rimane, per così dire in tema, assoggettando gli affidatari *"in house"* al patto di stabilità interno. Mentre gli artt. 6 e 7 sono dedicati agli acquisti di beni e servizi ed all'assunzione di personale da parte di società *"in house"* e miste.

L'art. 8, invece, disciplina la distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione, per cui gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale o degli altri organismi che, comunque, 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 da tali soggetti affidati.

E, contestualmente, estende tali incompatibilità e divieti anche ai componenti delle commissioni di gara.

L'art. 10, infine, regola il subentro tra gestori e la sorte dei beni strumentali (e delle relative pertinenze), stabilendo l'obbligo di cessione, dal precedente al subentrante, di quelli non

duplicabili a costi socialmente sostenibili, con il secondo a corrispondere al primo l'importo della relativa quota di investimento non ancora ammortizzata.

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

SUL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI

dell'Avv. Michele De Cilla

Il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, Sez. V, con la sentenza n. 7031 del 21.9.2010, si è espresso in merito all'applicazione del principio di proporzionalità nel settore dei Contratti Pubblici ed, in particolare, sulla vessatorietà di talune clausole di un bando di gara per l'affidamento dei servizi di igiene urbana.

Nello specifico, il bando prevedeva che fosse riversato sull'appaltatore il rischio del mancato raggiungimento di una percentuale predeterminata di raccolta differenziata, non solo sottoforma di maggior onere di conferimento in discarica dei rifiuti urbani, ma anche irrogando una sanzione pecuniaria per l'eventuale mancato raggiungimento dell'obiettivo del 35% della raccolta differenziata, a prescindere da qualsivoglia inadempimento contrattuale.

Nella citata sentenza i Giudici di Palazzo Spada applicano il principio generale dell'ordinamento secondo il quale deve sussistere una proporzionalità tra l'azione amministrativa e l'interesse pubblico perseguito: in altri termini l'autorità non può emettere provvedimenti impositivi di obblighi o restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore, ossia sproporzionata, a quella necessaria e idonea al perseguimento dell'interesse pubblico concreto.

Nel caso specifico, poiché il raggiungimento di una determinata percentuale di raccolta differenziata non dipende esclusivamente dalla volontà dell'appaltatore, essendo subordinata alla selezione dei rifiuti da parte dei cittadini fruitori del servizio, le suddette clausole non possono avere alcuna giustificazione nelle prestazioni contrattuali richieste all'affidatario del servizio di igiene urbana e, come tali, debbono essere qualificate come vessatorie e non proporzionate all'interesse pubblico perseguito.

La citata sentenza fa corretta applicazione del principio di derivazione comunitaria che postula che le Autorità, sia comunitarie che nazionali, non possono imporre, né con atti amministrativi, né con atti normativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino più di quanto sia necessario nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'Autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che non ci sia nessun altro strumento ugualmente efficace ma meno invasivo di quello emanato.

Anche nella giurisprudenza dei giudici comunitari il principio di proporzionalità è stato sempre considerato come principio sovraordinato, anche alle norme comunitarie di rango primario e poiché, oggi, i principi dell'ordinamento comunitario sono stati espressamente inseriti dal legislatore nazionale tra i principi generali dell'attività amministrativa (dall'art. 1, co. 1, della l. n. 241 del 1990 come modificata dalla l. n. 15 del 2005), non v'è dubbio che si sono poste le basi per un penetrante sindacato da parte dei giudici amministrativi, anche sotto il profilo della legalità e del rispetto del canone della proporzionalità nell'agire delle pubbliche amministrazioni.

Una prima applicazione del principio è stata effettuata dal Consiglio di Stato nel noto caso *Sea-Aeroporti di Milano* che ha comportato l'esperimento, sulla base della c.d. teoria dei tre gradini (*idoneità, necessarietà e adeguatezza*), di una verifica circa la misura del

limite della partecipazione pubblica al capitale di una società derivata da un'operazione di privatizzazione, rispetto al conseguimento degli scopi della privatizzazione stessa.

Va ricordato che in base alla tecnica dei tre gradini, l'*idoneità* implica la valutazione del rapporto tra il mezzo impiegato ed il fine che si intende perseguire, la *necessarietà* comporta l'obbligo di scelta della soluzione implicante il raggiungimento dell'obiettivo attraverso il minimo sacrificio degli interessi confliggenti, l'*adeguatezza* si pone come vincolo quantitativo relativo alla soluzione adottata e si erge a parametro del grado di soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela.

Con riguardo all'esame della giurisprudenza successiva del Consiglio di Stato, le pronunce più significative si rinvengono in materia ambientale e di tutela della concorrenza, nonché nei casi di limitazione al diritto di proprietà e di irrogazione di sanzioni.

Nel settore ambientale, un caso interessante ha riguardato l'annullamento da parte del TAR Milano, Sez. II, nella sentenza n. 5289/2007, del provvedimento con cui si imponeva, da parte del ministero dell'Ambiente, la bonifica di un sito industriale inquinato, senza una preventiva valutazione della sostenibilità economica dell'intervento e quindi della sua *"proporzionalità"* rispetto al bilancio dell'impresa, censurando il comportamento delle amministrazioni coinvolte - che hanno imposto la soluzione più costosa, senza alcuna valutazione dell'impatto sui conti dell'impresa - sotto vari profili proprio con riferimento all'applicazione del principio di proporzionalità.

Come confermato in analoghe vertenze, il canone di proporzionalità *"deve trovare applicazione, pur con le necessarie cautele del caso, anche in situazioni di emergenza ambientale*", senza che la sola presenza di circostanze eccezionali giustifichi qualsiasi sacrificio imposto al privato, nell'ottica di un contemperamento dell'esigenza di interventi di bonifica
con la necessità di continuità dell'attività aziendale, in base al principio delle c.d. B.A.T. (*best available tecnhnologies*), principio che impone alla PA di scegliere la miglior tecnologia disponibile a costi sopportabili (cfr. Tar Puglia, Le, n. 2247/2007).

Ancora, in materia di irrogazione di sanzioni e, nello specifico, di provvedimenti di esclusione da gare d'appalto, va menzionato quel filone giurisprudenziale che, correttamente applicando il principio di proporzionalità, sancisce l'illegittimità di tutte le clausole chiaramente esorbitanti dagli scopi perseguiti dall'Autorità: è il caso di quei bandi di gara che, ingiustificatamente e violando il principio di proporzionalità, prevedono requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli previsti nella normativa di settore.

In tal caso, il TAR Lazio, Sez. III *quater*, 23.10.2009 n. 10365 ha sancito: *"E' illegittima la clausola della lettera d'invito di una gara di appalto che impone - a pena di esclusione - di indicare sul plico generale contenente l'offerta e sui plichi interni, il codice fiscale, la partita IVA e l'indirizzo di ciascuna impresa, atteso che tale clausola deve ritenersi in contrasto con i principi di proporzionalità e di non aggravamento del procedimento di cui agli artt. 2 e 74 del d. lgs.12.4.2006,n.163, non comportando alcun effettivo vantaggio né per la stazione appaltante, né per l'interesse pubblico alla scelta dell'offerta più idonea alla realizzazione dei lavori da appaltare"*.

Nei medesimi termini si sono espressi anche il TAR Lazio, Sez. III *bis*, 31.7.2007, n. 7259 e il TAR Lazio, Sez. III, 27.11.2002, n. 10823, in cui si afferma: *"Anche se rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante fissare in concreto i requisiti di capacità economica e finanziaria, tuttavia tali requisiti devono raccordarsi con carattere di proporzionalità ed adeguatezza all'oggetto dell'appalto e non costituire, di contro, un'indebita limitazione dell'accesso alla gara delle imprese presenti sul mercato, in violazione dei principi di concorsualità e di ampia partecipazione ai quali devono uniformarsi le procedure ad evidenza pubblica"*. In definitiva, il principio di proporzionalità rappresenta, con il suo ancoraggio al meccanismo puntuale dei tre gradini progressivi di esame, un valido complemento all'impiego del parametro di sindacato sull'azione amministrativa costituito dal principio di ragionevolezza, clausola ritenuta spesso vaga e dai contenuti troppo incerti, evidenziando la crescente dimestichezza con cui la giustizia amministrativa, at-

traverso il sindacato sull'eccesso di potere, bilancia l'applicazione del principio di proporzionalità con l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione in molti settori.

«::::::::: GA :::::::::»

D.P.C.M. 4.7.2008: GESTIONE COMMISSARIALE DEL COMUNE DI ROMA. INAPPLICABILITÀ AI CREDITI DERIVANTI DA CONTENZIOSI INSTAURATI PRIMA DEL 28.4.2008 E DEFINITI CON SENTENZA PASSATA IN GIUDICATO SUCCESSIVAMENTE AL 28.4.2008

dell'Avv. Michele De Cilla

Con una recentissima sentenza, il CdS (Sez. V, 4.8.2010, n. 5232) si è espresso, in sede di giudizio di ottemperanza, sui risvolti pratici della normativa istitutiva della gestione commissariale degli enti locali in situazione di dissesto finanziario, nei confronti delle azioni esecutive intentate dai creditori.

Nello specifico tale pronuncia pone fine ad una annosa vicenda sorta tra una società di somministrazione di cibi e bevande e il Comune di Roma, in ordine al risarcimento del danno sofferto dalla società a causa della revoca della licenza commerciale nell'ottobre del 1989, a soli pochi mesi dalla sua concessione.

Infatti, l'allora Commissario Straordinario del comune di Roma aveva emesso il provvedimento di revoca della licenza sulla base del rigetto dell'istanza di condono avanzata dalla società somministratrice in relazione ai locali nei quali essa svolgeva la propria attività, determinandone un precoce arresto, protrattosi, come si vedrà nel prosieguo, per un lungo periodo di tempo.

La società somministratrice impugnava sia il provvedimento di revoca della licenza commerciale, sia il rigetto dell'istanza di condono con due distinti ricorsi, riuniti e decisi dal Tar Lazio con sentenza n. 6769/2001, nella quale il giudice annullava entrambe le ordinanze impugnate, determinando così la *"reviviscenza"* della licenza ingiustamente revocata.

Tuttavia, il lungo lasso di tempo intercorso tra la revoca, avvenuta nel 1989, e la sentenza – si rammenta che solo nel 2003 era stata rilasciata una nuova abilitazione all'esercizio dell'attività commerciale in favore della società in questione -, aveva comportato un notevole pregiudizio finanziario alla società somministratrice, danno di cui quest'ultima chiedeva il risarcimento con ricorso incardinato nel 2006.

Con sentenza n. 8899/2008 il TAR Lazio accoglieva la domanda di risarcimento proposta e condannava il comune di Roma a corrispondere alla ricorrente la somma pari al danno per il pregiudizio economico subito a causa della forzosa inattività.

Tale pronuncia è stata confermata in sede di appello con sentenza del CdS n. 6715/2009, la quale ha dato piena conferma alla condanna per quanto concerne l'*an debeatur*, limitandosi a ridimensionare sensibilmente il *quantum* del risarcimento.

A fronte della condanna, tuttavia, il comune di Roma ometteva di dar corso all'esecuzione della sentenza, tanto da costringere la società di somministrazione ad intraprendere un nuovo giudizio per l'esecuzione del giudicato, ormai formatosi, in sede di ottemperanza.

Costituitosi, il comune eccepiva l'estinzione del giudizio per l'impossibilità di far fronte al debito derivato dalla sentenza, in quanto lo stesso andava ascritto alla gestione commissariale del comune di Roma, in virtù del d.P.C.M. 4.7.2008 che, al fine di stabilire un piano di rientro dell'indebitamento pregresso del comune, faceva rientrare *"tutte le obbligazioni derivanti da fatti o atti posti in essere fino all'aprile 2008, anche quando le stesse siano accertate e i relativi crediti siano liquidati con sentenze pubblicate successivamente alla data medesima"* nella disponibilità del Commissario incaricato di compilare il piano di rientro dall'indebitamento pregresso.

Riguardo alla gestione commissariale, è opportuno precisare che il suddetto decreto presidenziale rendeva operative le prescrizioni fissate nel co. 2 dell'art. 248 del d. lgs. n.

267/2000, a mente del quale è impedita *"categoricamente la coltivazione di azioni esecutive nei confronti dell'Ente, per debiti che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione"* e ciò, nel caso di specie, per tutte quelle somme legate a titoli venuti ad esistenza antecedentemente al 28.4.2008. Nella fattispecie che ci occupa, il CdS, nel giudizio di ottemperanza promosso dalla società di somministrazione nei confronti del comune di Roma, ha riconosciuto l'infondatezza dell'eccezione avanzata da quest'ultimo e, anzi, ha rilevato che: *"la situazione debitoria è insorta nei confronti del comune di Roma solo a far tempo da quando la sentenza di questa Sezione (i.e. n. 6715/2009, vedi infra) è passata in cosa giudicata, essendo in precedenza la questione ancora 'res' controversa, per cui il debito medesimo è venuto alla luce solo in epoca successiva a quella stabilita dal decreto presidenziale prima indicato. In ordine a ciò è evidente che il debito non ricade entro il periodo temporale (28.4.2008) preso in considerazione dal suddetto decreto presidenziale e la locuzione che si trova nello stesso per cui ricadono nella gestione commissariale 'tutte le obbligazioni derivanti da atti o fatti posti in essere fino all'aprile 2008, anche quando le stesse siano accertate e i relativi crediti siano liquidati con sentenze pubblicate successivamente alla data medesima' non può trovare applicazione nella presente fattispecie, in quanto la sentenza di cui si chiede l'ottemperanza in questa sede non ha natura dichiarativa di un debito pregresso, ma è essa stessa determinativa di un fatto risarcitorio, prima non individuabile e la condanna nasce solo ed esclusivamente dalla sentenza medesima"* (CdS, 4.5.2010, n. 709). La pronuncia in esame costituisce un *quid novus* nell'attuale panorama giurisprudenziale: infatti, se è pur vero che l'instaurazione del ricorso per la richiesta di risarcimento dei danni è anteriore al decreto presidenziale, tuttavia, è solo con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna che il diritto di credito, maturato dal danneggiato, può definirsi giuridicamente esistente, ossia certo, liquido ed esigibile, passando dallo status di *res controversa* a quello di *res iudicata*.

Pertanto, correttamente argomentando dalle premesse enunciate, i giudici di Palazzo Spada non hanno ritenuto che il credito sorto fosse ascrivibile al periodo anteriore al 28.4.2008, pur essendo in corso, già dal 2006, il relativo contenzioso, atteso che la mera pendenza della domanda di risarcimento non equivale a certezza del diritto se non risulta giunta a definitivo accertamento giudiziale. (In tal senso si veda anche la recente sentenza del TAR Lazio n. 51/2010, avente ad oggetto una condanna al risarcimento dei danni da accessione invertita nei confronti del comune di Roma).

«::::::::: GA :::::::::»

IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEGLI ATTI GIURIDICI IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

dell'Avv. Eneide Grattacaso

La recente giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di esprimersi in materia di conservazione degli atti giuridici, argomento che da sempre si presta ad un penetrante sindacato del giudice sulla discrezionalità delle amministrazioni nell'esercitare il potere di revoca o annullamento in autotutela.

A tal riguardo, il CdS (V, 14.9.2010, n. 6695), ha ribadito il principio secondo il quale: *"l'amministrazione appaltante deve ispirare la sua condotta al principio di conservazione degli atti giuridici e al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, (…) qualora riscontri vizi nel modus procedendi, che abbiano coinvolto non già l'intero procedimento ma solo singole fasi di esso (…) deve limitare l'annullamento agli atti effettivamente incisi (…) e circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive"*.

Il principio di conservazione degli atti giuridici assume in diritto amministrativo una valenza rafforzata in relazione alle regole di economicità tipiche dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento, specie quando si verta in materia di appalti pubblici, settore nel quale la celerità di definizione delle procedure costituisce un'esigenza insopprimibile.

In altri termini, in presenza di atti amministrativi illegittimi o inopportuni, l'amministrazione può o eliminare gli atti viziati, attraverso l'adozione di un atto amministrativo di ritiro, o iniziare un procedimento amministrativo che, anziché eliminare l'atto viziato, lo sani o ne provochi la conservazione.

Naturalmente il rinnovo della fase viziata deve necessariamente presupporre il permanere della par condicio tra gli offerenti, atteso che l'amministrazione dovrà sempre valutare la sussistenza di un interesse alla conservazione prevalente su quello all'annullamento o alla revoca degli atti interessati, come ben affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza del 12.2.2010, n. 743, secondo la quale: *"In base al principio di conservazione degli atti e dei rapporti giuridici, nell'ambito delle pubbliche gare, il potere di autotutela può esercitarsi anche parzialmente, senza travolgere l'intero procedimento; nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, infatti, il venir meno dell'aggiudicazione, per decisione giurisdizionale o in via di autotutela, restituisce all'amministrazione la piena potestà di diritto pubblico di determinarsi nel modo che ravvisa più opportuno per la cura del pubblico interesse"*. Non va trascurato, inoltre, che la ripetizione del procedimento va limitata ai soli atti viziati e a quelli inscindibilmente connessi, ma non agli atti che abbiano una loro autonomia all'interno della sequenza procedimentale (cfr. Tar Sicilia, Pa, ord. n. 81/2010 e CdS, V, 3284/2009), al fine di non aggravare l'attività procedimentale.

Ad esempio, nel caso di riammissione alla procedura di gara di una impresa precedentemente esclusa, la stazione appaltante non dovrà annullare l'intera procedura, ma potrà legittimamente procedere alla valutazione del riammesso secondo i principi ed i criteri utilizzati per le altre offerte. Infatti, la riedizione del potere di rinnovare la sequenza viziata è legittima quando ormai le offerte si sono cristallizzate e non è più possibile la loro modificazione, cosicchè sia possibile valutarle in tempi diversi senza alterare la par condicio tra gli offerenti (cfr. CdS,V,5372/2008).

Anche in sede di rinnovazione delle operazioni di gara a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, è legittimo rinnovare il procedimento di valutazione atteso che i condizionamenti del giudizio della commissione di gara, dovuti alla circostanza che la rinnovazione si compie quando sono ormai note le offerte economiche delle imprese, possono essere evitati mediante l'analiticità della motivazione e la compiutezza della verbalizzazione alle quali essa è chiamata nel rinnovare il giudizio. Questo è quanto sottolineato anche nella sentenza in commento, che rileva, altresì, come sia suscettibile di rinnovo

la sola fase valutativa delle offerte, proprio perchè le offerte sono ormai immodificabili e la nuova aggiudicazione è subordinata al riesame di criteri oggettivi e vincolanti.

In conclusione, è possibile affermare che il rafforzamento del principio secondo cui utile per inutile *non vitiatur*, trova la propria ragion d'essere, all'interno dell'attività della pubblica amministrazione, specialmente in virtù delle spinte in tal senso avute da parte degli organi comunitari, per i quali, come noto, la tutela dell'affidamento del terzo, si è sempre posta come obiettivo primario, assumendo un ruolo assolutamente decisivo e preminente in funzione del contemperamento degli interessi tra esigenze di legalità dell'operato della PA e esigenze di evitare ingiustificati ed illegittimi pregiudizi ad interessi o diritti di privati supportati da situazioni giuridiche stabili.

«::::::::: GA :::::::::»

LA SORTE DEL CONTRATTO DOPO L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE: L'IMPATTO DEL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

del Dott. Ing. Andrea Di Stazio

Il d. lgs. 2.7.2010, n. 104 ha ulteriormente modificato il codice dei contratti, che aveva appena recepito nel nostro ordinamento la dir. 2007/66/CE. Vediamo le novità introdotte.

Con il d. lgs. 2.7.2010, n. 104 il legislatore ha approvato il nuovo codice del processo amministrativo (anche Codice o cpa). Il codice si compone di cinque libri dei quali il quarto è dedicato all'ottemperanza ed ai riti speciali. L'art. 119 prevede il rito abbreviato comune per determinate materie tra i quali i giudizi aventi ad oggetto le controversie relative ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture. Tale rito prevede il dimezzamento dei termini processuali ordinari salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. In caso di domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale competente, accertata la completezza del contraddittorio, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti.

Con la medesima ordinanza, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale può disporre le opportune misure cautelari.

Il legislatore, all'art. 120, ribadisce che gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente. Sparisce dunque la possibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

L'art. 121 tratta dell'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni; tale articolo riproduce l'art. 9 del d. lgs 20.3.2010 n. 53, che introduceva nel codice dei contratti l'art. 245 bis. Ricordiamo brevemente che l'art. 9 del decreto tratta dell'inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni. Il G.A. che annulla l'aggiudicazione, in caso di gravi violazioni della normativa comunitaria degli appalti, dichiara l'inefficacia del contratto. Tale inefficacia viene stabilita dal giudice in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto e può essere o limitata alla prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o può operare in via retroattiva.

Le violazioni per le quali il G.A. dichiara l'inefficacia del contratto sono le seguenti:

a) aggiudicazione definitiva eseguita senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti;

b) aggiudicazione definitiva effettuata con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, quando questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o dell'avviso con cui si indice una gara nella G.U. dell'Unione europea o nella G.U. della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prevista dal codice dei contratti;

c) stipula del contratto in violazione del termine dilatorio, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della sti-

pulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) stipula del contratto senza il rispetto del termine di sospensione obbligatoria per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. Anche in caso delle sopra menzionate violazioni il contratto resta efficace se viene accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, o quelle imprescindibili di carattere tecnico o quelle tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'attuale esecutore.

Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, tenuto conto anche dell'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Viene precisato *a contrario* che non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia. Qualora, nonostante le violazioni il contratto sia considerato ancora efficace o l'inefficacia venga limitata solo alle prestazioni ancora da eseguire, il g.a. provvede ad irrogare le sanzioni alternative previste dall'art. 123 del cpa.

L'art. 122 tratta dell'inefficacia del contratto negli altri casi di gravi violazioni; tale articolo riproduce l'art. 10 del d. lgs. 20.3.2010 n. 53, che introduceva nel codice dei contratti l'art. 245 ter; è previsto che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisca 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 domanda di subentrare sia stata proposta.

L'art. 123 disciplina le sanzioni alternative; tale articolo riproduce l'art. 11 del d. lgs. 20.3.2010, n. 53, che introduceva nel codice dei contratti l'art. 245 *quater* prevedendo l'irrogazione di sanzioni alternative. Tali sanzioni si applicano nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia stato considerato efficace ovvero l'inefficacia sia stata temporalmente limitata. Le sanzioni alternative, da applicarsi alternativamente o cumulativamente, consistono in:

a) 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;

b) la 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.

Il decreto precisa che il giudice amministrativo che applica le sanzioni deve assicurare il rispetto del principio del contraddittorio: tali sanzioni devono essere determinate in 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. L'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative. Le sanzioni vengono applicate dal G.A. anche qualora il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero sia stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando tali violazioni non abbiano privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricor-

so prima della stipulazione del contratto e non abbiano influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. In altri termini la violazione da parte della stazione appaltante dei termini dilatori e sospensivi è sempre sanzionata.

L'art. 124 riguarda la tutela in forma specifica e per equivalente; tale articolo riproduce, apportando però una modifica sostanziale rispetto all'art. 12 del d.lgs. 20.3.2010, n. 53, che aveva introdotto l'art. 245 *quinquies* nel codice dei contratti.

Il legislatore ha disposto che se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato.

Rispetto alla precedente versione del testo dell'articolo scompare la parte: *"su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione"*. Il legislatore ha voluto pertanto prevedere il risarcimento del danno per la *"perdita di chances"*, non prevista invece dal d. lgs. n. 53/2010. La condotta processuale del ricorrente che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di aggiudicazione o non si è reso disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 del c.c..

In altri termini si è visto che non tutti i vizi relativi all'aggiudicazione possono comportare la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato. Il giudice può optare, anziché per la dichiarazione d'inefficacia, per il risarcimento per equivalente del danno subito e provato.

Per quanto riguarda l'entità del danno da risarcire la legge pone due condizioni:

1) il ricorrente ha l'onere di provare il danno subito; non si applicano pertanto criteri di stima del danno forfettari parametrati all'importo dell'appalto;

2) se il ricorrente non ha proposto domanda di subentro per la stima del danno si applicheranno i criteri di corresponsabilità previsti dall'art. 1227 c.c..

Infine l'art. 125 riproduce l'art. 14 del d. lgs. 20.3.2010 n. 53 che aveva novellato l'art. 246 del codice dei contratti, inerente le norme processuali per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi. Viene ribadito che l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto, ma viene specificato che però si applicano per la stazione appaltante le sanzioni amministrative previste dall'art. 123.

Il legislatore con il codice ha pertanto inteso sottrarre al codice dei contratti tutte le disposizioni di carattere processuale, lasciando al codice "*De Lise*" solo le disposizioni di diritto sostanziale. Sono stati infatti nel contempo soppressi gli artt. 244, 245, 245 *bis, ter quater, quinquies* e 245 del d.lgs. 12.4.2006 n. 163.

«::::::::: GA :::::::::»

PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL NULLA OSTA A NUOVA ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE SOA SU ISTANZA DELL'IMPRESA CUI SIA STATA DICHIARATA DECADUTA L'ATTESTAZIONE A SEGUITO DI ACCERTAMENTO DI FALSE DICHIARAZIONI

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 3 del 3.6.2010 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Con la determinazione in disamina l'Autorità di Vigilanza ha dettato indicazioni interpretative dell'art. 17, co. 1, lett. m) del d.P.R. 25.1.2000, n. 34, stabilendo le regole del procedimento, avviato su istanza dell'impresa cui sia stata dichiarata decaduta l'attestazione per falsa dichiarazione o cui sia stata negata l'attestazione per gli stessi motivi, volto ad ottenere il nulla osta per il rilascio di nuova attestazione da parte delle SOA.

1. Durata del periodo di interdizione.

La disposizione contenuta alla lett. m) dell'art. 17 del d.P.R. n. 34/2000, recante i requisiti di ordine generale necessari ai fini della qualificazione per l'affidamento di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, stabilisce il divieto di ottenere l'attestazione per le imprese che abbiano fornito dichiarazioni o documentazione non veritiere in sede di qualificazione, ma non detta alcun limite temporale a tale sanzione.

A tal proposito l'Autorità ha suggerito un'indicazione, in via interpretativa[1], ritenendo che, in analogia con la fattispecie di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 554 del 1999 (oggi art. 38 del codice), la sanzione interdittiva alla qualificazione operi per il periodo di un anno dall'inserimento nel casellario informatico della notizia della falsa dichiarazione. Questo perché la preclusione *sine die* all'attestazione (il cui possesso è condizione necessaria nel nostro ordinamento per la realizzazione di lavori pubblici) senza possibilità per l'impresa di ottenere una nuova attestazione, risulterebbe contraria ai principi di ragionevolezza e proporzionalità[2].

Tale interpretazione trova ulteriore conforto anche nelle disposizioni dettate in materia di qualificazione contenute nelle previsioni del regolamento di attuazione del Codice, *ex* art. 5 del d. lgs. n. 163 del 2006 laddove agli artt.78 e 79 è previsto che, in caso di mancato rilascio o decadenza dell'attestazione per falsa documentazione, con riguardo sia ai requisiti di ordine generale sia ai requisiti di ordine speciale, l'effetto interdittivo al conseguimento di un nuovo attestato è limitato ad un anno dall'iscrizione nel casellario dell'informazione relativa al falso, decorso il quale l'iscrizione perde efficacia.

L'Autorità ha, perciò, confermato che nel caso in cui l'impresa abbia reso dichiarazioni non veritiere in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione, il divieto previsto dall'art. 17, co.1, lett. m), del d.P.R. n. 34 del 2000, opera per il periodo di un anno e decorre dalla data di inserimento nel casellario informatico dell'annotazione in ordine alle dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa.

Nucleo basilare per l'effetto preclusivo di entrambe le norme - art. 38, co. 1, lett. m-*bis*) e art.17, co.1, lett. m) - è quindi l'iscrizione

[1] Cfr. Det. n. 16/23 del 2001, n. 6 del 2004, n. 1 del 2005.

[2] La preclusione *sine die* comporterebbe, inoltre, un ingiustificato differente apprezzamento del medesimo fatto laddove si consideri che l'art. 75, co. 1, lett. h) del d.P.R. n. 554 del 1999 ed ora l'art. 38, co. 1, lett. h) del codice, prevedono espressamente la durata annuale della sanzione interdittiva dalla partecipazione alle gare d'appalto in caso di falsa dichiarazione, resa dai concorrenti, sulle condizioni rilevanti per la partecipazione stessa.

nel casellario di apposita annotazione da parte dell'Autorità che pubblicizzi le false dichiarazioni o la produzione di falsa documentazione da parte dell'impresa. Dal momento dell'iscrizione decorre, infatti, il termine di un anno entro il quale ha efficacia la causa di esclusione di cui all'art. 38 lett. m-*bis*) ed oltre il quale l'impresa potrà richiedere una nuova attestazione.

Ne consegue che decorso il termine di un anno dall'inserimento nel casellario informatico della notizia della decadenza o del diniego dell'attestazione per false dichiarazioni o per la presentazione di falsa documentazione, l'impresa interessata può stipulare con la SOA il contratto di attestazione e conseguire la qualificazione, al ricorrere dei presupposti previsti dal d.P.R. n. 34 del 2000.

2. Modalità del procedimento e soggetto deputato a valutare la non imputabilità.

L'effetto preclusivo di un anno all'ottenimento dell'attestazione di qualificazione può tuttavia venire a cessare a seguito dell'accertamento della non imputabilità del fatto. Infatti, ai sensi dell'art. 17, co. 1, lett. m), del d.P.R. n. 34 del 2000, in caso di falso non imputabile sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

Pertanto le imprese nei cui confronti sia stata applicata la decadenza dell'attestato SOA o il diniego dell'attestazione (per aver prodotto falsa documentazione o reso dichiarazioni mendaci in fase di qualificazione) possono presentare istanza per ottenere una nuova attestazione; in tal modo l'impresa che ritenga di non essere responsabile della produzione documentale non veritiera ha la possibilità di tornare ad operare nel settore dei contratti pubblici in un momento anteriore alla scadenza del periodo interdittivo di un anno. In un'ottica di economicità procedimentale, la decisione in merito alla eventuale non imputabilità del falso, da adottare contestualmente alla dichiarazione di decadenza dell'attestazione e solo in presenza di tutti gli elementi utili ai fini di una compiuta valutazione della singola fattispecie, consentirebbe all'impresa istante di poter stipulare un nuovo contratto di attestazione senza dover attendere l'anno di interdizione.

Il soggetto legittimato a compiere tale valutazione è necessariamente l'Autorità di Vigilanza, nella sua veste di organo terzo e imparziale, in virtù del suo ruolo di garante dell'efficienza e corretto funzionamento del mercato, nonché della funzione di vigilanza sul sistema di qualificazione.

L'Autorità è dunque destinataria delle istanze di nuova attestazione e svolge il procedimento in contraddittorio sia con l'impresa interessata sia con la SOA che ha rilasciato l'attestazione poi decaduta.

La richiesta di riattestazione implica la necessaria valutazione circa l'eventuale non imputabilità della falsa documentazione prodotta e/o delle dichiarazioni non veritiere rese in fase di qualificazione dall'impresa, che è un procedimento distinto rispetto a quello volto al controllo della sussistenza oggettiva del falso, in quanto si basa su presupposti diversi e si svolge, altresì, secondo modalità e criteri di valutazione differenti.

L'istanza di riattestazione dà quindi luogo ad un procedimento *"di secondo grado"* diretto a valutare la non imputabilità all'impresa della accertata falsità di documenti e/o dichiarazioni.

Laddove il procedimento avviato dall'Autorità si concluda con l'insussistenza dell'imputabilità, ne sarà data pubblicità nel casellario informatico.

3. Nozione di imputabilità.

L'Autorità ha anche definito il concetto di *"imputabilità della falsa attestazione"* ovverosia la riferibilità del fatto all'impresa che ha compiuto l'azione con violazione degli ordinari parametri dei doveri di diligenza.

Invero l'impresa, quale persona giuridica, agisce per mezzo dei suoi organi, con i quali è in rapporto di immedesimazione funzionale ed organica. Dunque, i soggetti rappresentativi dell'impresa (in modo particolare quando sono posti in posizione apicale nella sua struttura organizzativa ed operativa) impersonano l'impresa stessa, di modo che la colpevolezza di tali soggetti nella commissione di determinati fatti sanzionati in via amministrativa comporta colpevolezza *"organizzatoria"* dell'impresa stessa, nella cui sfera ricadono le

conseguenze del fatto.

Nel caso di fatti antigiuridici ricollegabili alla condotta di soggetti posti in posizione organica apicale, per i quali opera pienamente il principio di identificazione organica, l'imputazione del fatto all'impresa è da valutare con particolare rigore mentre con riguardo ai fatti commessi dai dipendenti, l'ente è amministrativamente responsabile delle false dichiarazioni rese dai medesimi nel caso in cui il comportamento sia stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. In tale ultima ipotesi la responsabilità è esclusa solo allorché l'ente dimostri di avere adottato ed attuato in modo efficace, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire fatti della specie di quello verificatosi.

In sostanza l'imputabilità all'impresa di una produzione documentale non veritiera, utilizzata ai fini del conseguimento da parte dell'impresa stessa di un'attestazione SOA, può essere esclusa solo quando la falsità sia stata prodotta da soggetti terzi totalmente estranei all'impresa e sempre che la falsità medesima sia maturata al di fuori di ogni possibile controllo da parte della stessa, verificabile alla stregua degli ordinari parametri di diligenza richiesti.

4. Responsabilità del cessionario per false dichiarazioni rese dall'impresa cedente e/o per la produzione di falsa documentazione riferibile all'impresa cedente.

In caso di trasferimento di azienda o di un ramo di essa, l'art. 15, co. 9, del d.P.R. n. 34/2000 ammette la possibilità, per l'impresa subentrante, di avvalersi dei requisiti di qualificazione posseduti dal cedente, eventualmente cumulandoli. Frequentemente si è verificato che l'impresa cessionaria, attestata, ha imputato la responsabilità dei falsi alla cedente e, in tal caso, occorre valutare se possa considerarsi fatto idoneo alla insussistenza della responsabilità dell'impresa l'ipotesi di cessione d'azienda.

Secondo l'Autorità in tal caso al cessionario d'azienda non potrà essere addebitata, ai fini della qualificazione, la produzione di falsa documentazione proveniente dal cedente, qualora lo stesso cessionario dimostri l'impossibilità di rilevare il falso con l'uso dell'ordinaria diligenza. In sostanza la non imputabilità potrà escludersi non solo nei casi di collegamento societario, ma in tutte le ipotesi in cui la falsità sia agevolmente rilevabile da parte del cessionario.

L'Autorità ha, inoltre, confermato l'estensione del divieto di acquisire la qualificazione durante l'anno di interdizione dalle gare e dalla stipula di un nuovo contratto di attestazione anche alle imprese cessionarie, conferitarie, locatarie, ecc., di azienda o di ramo proveniente dall'impresa cui sia stata annullata o dichiarata decaduta l'attestazione SOA.

Ciò a garanzia della effettività della sanzione costituita dall'annullamento dell'attestazione SOA. Tale estensione del divieto opera nel senso di impedire che l'impresa avente causa si qualifichi, in tutto o in parte, utilizzando requisiti di ordine speciale posseduti originariamente dall'impresa dante causa colpita dall'interdizione.

Gli organismi di attestazione, al fine di verificare l'operatività del divieto, oltre a consultare il casellario per riscontrare la presenza a carico della cedente di eventuali annotazioni di decadenza dell'attestato per falsa documentazione, dovranno accertare, con l'utilizzo dei supporti informatici o presso la SOA della cedente, che non sia stato avviato il procedimento *ex* art. 40, co. 9-*ter* del Codice. Tale verifica deve risultare agli atti del fascicolo contenente tutta la documentazione relativa all'attestazione dell'impresa anche mediante la stampa dell'avvenuta consultazione degli archivi informatici.

Il medesimo divieto, invece, non opera qualora la qualificazione dell'impresa avente causa si fondi esclusivamente sui requisiti originariamente maturati in capo a quest'ultima, senza alcun apporto, quindi, da parte dell'impresa direttamente colpita dal provvedimento di annullamento dell'attestazione.

5. Contenuti dell'istanza per il rilascio del nulla osta ai fini di una nuova attestazione.

L'istanza può essere presentata all'Autorità dal legale rappresentante dell'impresa, ovvero dal procuratore munito di mandato risultante dalla stessa istanza, che intenda stipulare un nuovo contratto di attestazione solo

dopo aver ricevuto il provvedimento di decadenza dell'attestazione per falsa dichiarazione e/o falsa documentazione e la relativa comunicazione di annotazione nel casellario informatico, salvo i casi di contestualità dei due procedimenti.

L'impresa, a pena di improcedibilità, deve corredare l'istanza con ogni documentazione idonea a comprovare l'estraneità alla alterazione documentale e l'impossibilità della stessa di conoscere la falsità della documentazione o della dichiarazione con l'uso della normale diligenza.

L'impresa cessionaria deve corredare la propria istanza di nuovo contratto di attestazione della documentazione ritenuta utile a dimostrare la propria non imputabilità e l'estraneità alle falsità riconducibili alla cedente, nonché della seguente ulteriore documentazione richiesta a pena di improcedibilità:

- atto di cessione regolarmente registrato presso la Camera di Commercio;

- documento consistente in atto allegato alla cessione o relazione giurata da cui risultino, laddove non esplicitamente dettagliati nell'atto di cessione, i requisiti materiali (attrezzature, immobili, personale, direttore tecnico, ecc.) e immateriali acquisiti e la loro consistenza economica, nonché il prezzo pattuito e la prova dell'avvenuto pagamento, con eventuale documentazione a corredo;

- atto pubblico richiesto a pena di nullità, con indicazione degli elementi suindicati in quanto compatibili con la natura dell'atto, in caso di donazione di azienda;

- relazione da cui risulti la consistenza dell'impresa prima dell'acquisizione del ramo d'azienda;

- dichiarazione sostitutiva del legale rappresentante, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, che attesti l'esistenza/inesistenza di situazioni di controllo o di collegamento o di qualsiasi altro legame, diretto o indiretto, con l'impresa cedente (specificando, in caso affermativo, in cosa si concretizzi il collegamento o il legame con il soggetto cedente e perché lo si ritenga ininfluente);

- dichiarazione sostitutiva, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, del legale rappresentante e del direttore tecnico nonché dei soci, in merito allo stato di famiglia, con indicazione del coniuge, dei figli, dei genitori, dei fratelli e delle sorelle;

- visura camerale storica dell'impresa cessionaria.

L'Autorità, acquisita la documentazione richiesta a pena di improcedibilità, comunica all'impresa e alla SOA l'avvio del procedimento. La documentazione a corredo dell'istanza non fa venire meno la facoltà dell'Autorità di chiedere ulteriori integrazioni o chiarimenti in ragione di specifiche esigenze inerenti l'istruttoria.

«::::::::: GA :::::::::»

DISCIPLINA DEI PAGAMENTI NEI CONTRATTI PUBBLICI DI FORNITURE E SERVIZI

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 4 del 7.7.2010 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Con la determinazione n. 4 del 7.7.2010, l'Autorità di Vigilanza ha affrontato il fenomeno riguardante il ritardo nei pagamenti della PA e la concreta applicabilità della normativa di cui al d. lgs. 9.10.2002, n. 231 ai contratti pubblici di forniture e servizi

Dall'analisi dei dati acquisiti nell'ambito di un'indagine conoscitiva avviata con alcune associazioni di categoria è infatti emerso che, in riferimento all'anno 2009, i tempi di pagamento oscillano in un *range* che va da un minimo di 92 giorni ad un massimo di 664 giorni. Il ritardo è, per lo più, imputabile ai tempi di emissione dei certificati di regolare esecuzione (46,3%) e dei mandati di pagamento (29,6%) da parte delle stazioni appaltanti e, più in generale, a lentezze che derivano da vischiosità burocratiche interne alla pubblica amministrazione (32,5%). Inoltre, sono state rilevate prassi diffuse nella P.A. consistenti nella individuazione unilaterale di termini di pagamento superiori a quelli previsti dal d. lgs. n. 231 del 2002 e nell'inclusione, tra gli elementi di valutazione delle offerte, di termini di pagamento in deroga a quelli previsti dalla legge. Infine, alcuni capitolati speciali d'appalto prevedono, altresì, la riduzione del tasso di interesse di mora previsto dal decreto.

Data la rilevanza economica del fenomeno, l'Autorità ha stabilito di fornire alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici indicazioni interpretative sulla normativa applicabile oltre a suggerimenti operativi per la redazione dei bandi di gara e la stipula dei contratti.

1. La normativa applicabile.

Come è noto il d.lgs. n. 231/2002 ha dato attuazione all'art. 26 della l. comunitaria 1.3.2002 n. 39, che delegava il Governo ad attuare la dir. dell'Unione europea 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Il decreto di attuazione ha, tra l'altro, previsto:

- la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, che è fissato, in assenza di diverso accordo, in trenta giorni decorrenti dagli eventi previsti dall'art. 4, coo. 2 e 3, senza bisogno di un atto scritto di messa in mora (art. 4);
- la determinazione legale degli interessi moratori in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE, applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale, effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione maggiorato di sette punti percentuali, salvo patto contrario (art. 5);
- il risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte, salva la prova del maggior danno (art.6);
- la nullità di un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento che risulti gravemente iniquo per il creditore (art.7);
- il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità dell'accordo e di modificare il contenuto del contratto applicando i termini legali o riconducendolo ad equità, avendo riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle circostanze previste (art.7);
- la legittimazione processuale delle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) al fine di far accertare la grave iniquità delle condizioni generali concernenti il pagamento (art. 8).

Le norme illustrate riguardano i contratti

tra imprese e i contratti tra imprese e PA[1], Sul piano oggettivo, la normativa concerne "*ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale*", con esclusione dei debiti oggetto di procedure concorsuali a carico del debitore, delle richieste di interessi inferiori a cinque euro, dei pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore (art. 1).

Ai fini dell'applicazione degli interessi moratori, il ritardo *ex* art. 1218 del c.c. civile deve essere imputabile alla stazione appaltante e l'onere di fornire la prova della non imputabilità della causa del ritardo grava sulla stessa pubblica amministrazione.

La problematica in esame è stata, inoltre, oggetto di ripetuti interventi legislativi nazionali volti a conseguire una maggiore efficienza nella programmazione degli impegni di spesa da parte delle PA[2].

2. Indicazioni operative.

Le disposizioni citate contengono, quindi, norme imperative dirette a riequilibrare il sinallagma contrattuale tra la parte pubblica e quella privata[3].

Sulla scorta di tali disposizioni l'Autorità ha stabilito che la partecipazione ad una procedura di gara non può valere come accettazione tacita di condizioni di pagamento difformi da quelle predeterminate *ex lege* e, di conseguenza, devono considerarsi inique le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca unilateralmente un termine di pagamento o la decorrenza degli interessi moratori difformi ed un saggio di interesse diverso da quelli stabiliti dal suddetto d. lgs. n. 231/2002.

La contrarietà a norme imperative determina, quindi, la nullità di tali clausole con integrazione legale del contratto mediante applicazione automatica di clausole di contenuto conforme a quelle illegittimamente derogate (cfr. artt. 1339 e 1419 c.c.). Tale nullità può essere fatta valere dalla parte o essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado di un eventuale giudizio, nonché eccepita dalle associazioni di categoria in sede di azione inibitoria a tutela di interessi collettivi.

Da ciò consegue l'illegittimità di un'eventuale esclusione dalla procedura di gara disposta in ragione della mancata accettazione (espressa o meno) della clausola contrattuale iniqua e parimenti illegittima è l'attribuzione di un punteggio, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a termini di pagamento dilatati rispetto alla disciplina legale. Per espressa previsione di legge, infatti, la deroga alle condizioni legali è ammissibile

[1] Intendendosi per P.A., ai sensi dell'art. 2 del d.lgs.. n. 231/2002 "*le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici non economici, ogni altro organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici*" (articolo 2).

[2] Cfr. l. n. 2/2009 di conversione del d.l. n. 185/2008 e l. n. 102/2009 di conversione del d.l. n. 78/2009. In particolare, l'art. 9, d.l. n. 78/2009 ha introdotto una disciplina tesa a garantire il sollecito pagamento di quanto dovuto dalle PA al fine di prevenire la formazione di nuove situazioni debitorie. Viene, altresì, sancita la responsabilità di carattere disciplinare e amministrativo del funzionario delle medesime amministrazioni, chiamato ad adottare provvedimenti che comportano impegni di spesa, in caso di violazione dell'obbligo di preventivo accertamento della compatibilità del programma dei pagamenti sia con i relativi stanziamenti di bilancio sia con le regole di finanza pubblica. La norma dispone poi, che, se per ragioni sopravvenute lo stanziamento di bilancio non consenta di far fronte all'obbligo contrattuale, l'amministrazione è chiamata ad adottare le opportune iniziative, anche di tipo contabile, amministrativo o contrattuale, per evitare la formazione di debiti pregressi. Ulteriori importanti disposizioni sono previste dall'art. 9, comma 3-*bis*, del d.l. n. 185/2008 e dal d.m del Ministro dell'economia e delle finanze del 19.5.2009. Infine è in via di approvazione, mediante procedura di codecisione, una proposta di modifica della direttiva 2000/35/CE, al fine di contribuire all'attuazione dello "*Small Business Act*" (COM (2008)394) e nell'ambito delle misure prospettate dal piano europeo di ripresa economica (COM(2008)800). La proposta di direttiva (COM(2009)0126) mantiene sostanzialmente immutate le disposizioni della direttiva 2000/35/CE, ma introduce prescrizioni specifiche sui pagamenti da parte delle P.A. con un inasprimento delle misure in caso di mancato rispetto dei termini, con particolare riferimento all'elevazione del tasso di mora.

[3] Cfr. CdS, V, 1.4.2010, n. 1885; CdS, IV, 2.2.2010, n. 469.

soltanto per accordo tra le parti ed a patto che le condizioni così pattuite non siano gravemente inique. L'interpretazione esposta rende, di fatto, inderogabili i termini e le condizioni di cui al d. lgs. n. 231/2002 per la PA., attesi gli obblighi di individuazione della controparte contrattuale all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, in cui siano predeterminati e conosciuti tutti gli elementi costituivi del contratto, compresi quelli che incidono sui termini di pagamento. Non può dunque ritenersi sufficiente che la Stazione Appaltante, per derogare alla suddetta normativa puntuale, faccia in sede di bando di gara un generico richiamo alla necessità di rispetto del patto di stabilità interno.

Eventualmente, in via del tutto eccezionale, il bando potrà indicare quelle condizioni oggettive specificamente individuate che impediscono alla stazione appaltante di rispettare le condizioni di pagamento imposte dalle norme, purché le stesse non siano imputabili alla violazione del dovere generale che grava sulle amministrazioni pubbliche di verificare la compatibilità del programma dei pagamenti con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica.

In ogni caso, al fine di evitare che un comportamento non corretto in sede di pagamento possa produrre effetti esponenziali sul sistema delle imprese che operano a valle con incarichi di subappalto, è opportuno che i contratti impongano all'aggiudicatario, che ha ottenuto un pagamento da una pubblica amministrazione, di provvedere ai propri obblighi di pagamento verso i subappaltatori o fornitori con lo stesso giorno di valuta, al fine di evitare che l'aggiudicatario trasferisca il costo dell'inefficienza della stazione appaltante su imprese di più piccole dimensioni e, dunque, più fragili dal punto di vista finanziario.

L'Autorità ha, perciò, stabilito che le stazioni appaltanti devono attenersi nella redazione dei documenti di gara, nonché dei documenti contrattuali, alle disposizioni previste dal d. lgs. n. 231/2002, con riguardo ai termini di pagamento, alla decorrenza degli interessi moratori ed al saggio di interessi applicabile in caso di ritardo.

Le stazioni appaltanti, inoltre, non possono subordinare la partecipazione alle procedure di gara o la sottoscrizione del contratto all'accettazione di termini di pagamento, di decorrenza degli interessi moratori e misura degli interessi di mora difformi da quelli previsti dal d. lgs. n. 231/2002, né prevedere tale accettazione come elemento di favorevole valutazione delle offerte tecniche nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

della Dott.ssa Sara Rossi

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.9.2010, n. 6907
Gara - requisito della regolarità contributiva - *ex* art. 38 co. 1 lett. *i)* d. lgs. n. 163 del 2006 - accertamento della PA.
La regolarità contributiva costituisce un requisito sostanziale di partecipazione alla gara, la verifica delle dichiarazioni rese dalle imprese partecipanti rientra nei poteri propri della stazione appaltante.
Alla luce di quanto già in precedenza asserito dallo stesso Consesso Amministrativo in relazione alla regolarità contributiva quale indice di affidabilità, diligenza e serietà dell'impresa e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze, si ritiene che il sussistere di detto requisito debba essere mantenuto per tutta la durata dello svolgimento della gara. L'amministrazione appaltante verifica in maniera legittima e conforme ai disposti della Corte di Giustizia Europea -che non ammette alcuna esclusione automatica-, a fronte di DURC negativi, tanto l'insussistenza del requisito normativo richiesto quanto la non veridicità e reticenza delle dichiarazioni rese in sede di gara e nel corso delle verifiche in contraddittorio.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15.9.2010, n. 6888
Gara - esclusione - indeterminatezza dell'offerta - offerta espressa con riguardo al singolo mese e non anche all'intera durata dell'appalto - illegittimità.
E' illegittima l'esclusione da una gara per l'affidamento biennale di un appalto di servizi, poiché la ditta esclusa indicava nell'offerta il solo prezzo relativo al singolo mese, senza di contro calcolare l'am-montare per l'intero biennio, facilmente computabile mediante un'operazione matematica.
Il Collegio ritiene che la ditta nel presentare il prezzo relativo all'offerta non sia incorsa in un irregolarità relativa alla procedura di gara, non rinvenendo nella *lex specialis* vere e proprie prescrizioni che impongano la specificazione del prezzo rapportato alla durata dell'appalto, dette prescrizioni sono pertanto da considerarsi quale mere istruzioni per la cui inosservanza non è previsto alcun tipo di esclusione. Inoltre, la specificazione del prezzo avveniva con esplicita indicazione che lo stesso fosse in riferimento a ciascun mese, dunque il calcolo del prezzo corrispondente alla durata biennale poteva essere agevolmente ricavabile dalla stessa Amministrazione. Alla luce di tutto ciò ed in omaggio al principio del *favor partecipationis* , costante orientamento giurisprudenziale, si ritiene illegittima l'esclu-sione e pertanto si ritiene fondato l'appello.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.9.2010, n. 6695
Gara - offerte - principio unicità offerta - deroghe - *ex* art. 11 co. 6 d. lgs. n. 163 del 2006.
In sede di partecipazione ad una gara di pubblico appalto ogni concorrente deve presentare un'offerta unica affinchè si possa procedere ad un'agevole comparazione delle diverse proposte che vede le imprese partecipanti in posizione di parità.
La Sezione Quinta del supremo Consesso Amministrativo ritiene che l'applicazione del principio dell'unicità racchiuso nell'art. 11, co. 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, sia giustificata dall'esigenza di consentire una comparazione delle offerte provenienti dalle diverse imprese senza ledere un altro ed altrettanto importante principio, quello della *par condicio.* Inoltre la presentazione di un'unica offerta è il frutto di un'attività di elaborazione propria dell'impresa, nella quale ogni ditta partecipante è costretta ad affrontare il rischio di una scelta di ordine tecnico, che la stazione appaltante con la gara stessa intende rimettere alle imprese del settore, ma che comporta una obiettiva limitazione delle possibilità di vittoria.
Consiglio di Stato, Sez. V, 14.9.2010, n. 6678

Principio secondo cui la data di spedizione vale come data di presentazione - costituisce un principio generale applicabile a tutti i procedimenti amministrativi, in mancanza di espressa deroga.

L'equipollenza della spedizione postale alla presentazione diretta costituisce un principio generale desumibile da numerose disposizioni di legge, le quali sollevano il privato da qualsiasi eventuale disfunzione del servizio postale e gli consento l'integrale disponibilità del termine.

La Sezione Quinta del supremo Consesso Amministrativo riconosce come generale detto principio e sostiene che in mancanza di una specifica previsione della *lex specialis* di procedura che fissi un termine differente, si intende rispettato il termine finale per la presentazione della domanda del privato alla pubblica amministrazione ove detta domanda sia stata inoltrata a mezzo raccomandata in tempo utile, rilevando in tal caso la data di spedizione e non quella di ricezione da parte della destinataria.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 13.9.2010, n. 6556

Gara – esclusione – impresa che ha dichiarato di voler subappaltare alcune opere – Esclusione espressa di subappalto della *lex specialis*.

Legittima è l'esclusione da una gara di appalto di una ditta che dichiarando di voler subappaltare alcune opere non tiene conto dell'espressa previsione del bando di gara secondo cui la realizzazione di dette opere non avrebbero potuto essere concessa in subappalto.

L'esclusione dalla gara altro non è che la naturale conseguenza della contrarietà dell'intenzione limpidamente espressa dalla ricorrente alla chiara regola della gara contenuta nel bando. A tutela del principio della *par condicio* tra i concorrenti, l'offerta di detta impresa non può essere presa in considerazione in virtù del suo contenuto volitvo, espressamente contrario alla *lex specialis*. Infatti una sua eventuale considerazione determinerebbe una lesione nelle posizioni degli altri partecipanti che di contro si sono attenuti alle prescrizioni in essa previste, in quanto ritenute vincolanti.

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.9.2010, n. 6548

Appalti di servizi – affidamento servizio progettazione – non contrasta con i principi comunitari.

Non vi è un'imposizione comunitaria alle autorità pubbliche a dover ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni, invece, si consente alle Amministrazioni aggiudicatrici di stipulare un accordo a titolo oneroso con altra amministrazione pubblica, quale alternativa allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato affronta la questione concernente l'esisten-za di un possibile contrasto con il diritto comunitario delle norme interne ai singoli Stati membri che concernessero l'esclusio-ne dalle gare pubbliche di soggetti, come le Università degli Studi - nel presente giudizio parte appellata - che non perseguano in maniera preminente lo scopo di lucro. La soluzione prospettata dal Collegio a favore di una coerenza tra diritto interno e diritto comunitario, ha visto l'utilizzo di un'ampia accezione del significato di operatore economico, tale da poter ricomprendere ogni soggetto che, essendo in possesso di tutti i requisiti richiesti nel bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione della prestazione, indipendentemente dalla propria natura giuridica, dall'abituale o meno presenza sul mercato nonchè dall'assenza di finanziamento pubblico. Da ciò legittima risulta essere la possibilità concessa alle amministrazioni Pubbliche di concorrere alla pari delle imprese private nelle gare pubbliche, concludendo accordi volti al perseguimento di detto pubblico interesse.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.9.2010, n. 6515

Gara - affidamento servizio di tesoreria - contributo in favore dell'AVCP - *ex* art. 1, coo. 65 e 66, della l. n. 266 del 2005.

E' legittima l'esclusione del concorrente dalla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di tesoreria di un ente locale, nel caso in cui lo stesso non abbia adempiuto all'obbligo di versamento del contributo a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

La Sezione V del Consiglio di Stato nell'uniformarsi alla decisione presa dagli stessi giudici amministrativi in primo grado di esclusione del concorrente inadempiente dell'obbligo contributivo a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, precisa che la gratuità del contratto di tesoreria non esonera i partecipanti dall'adempimento degli obblighi

prescritti (la carenza della previsione di un canone globale per l'organizzazione del servizio è superata dall'aumento della clientela che lo svolgimento di tale servizio comporta).
L'obbligo in questione, si riferisce a tutti gli operatori economici che intendano partecipare a procedure di scelta comparativa o selettiva, indipendentemene dal tipo di affidamento, pertanto a tutti i soggetti sottoposti alla vigilanza dell'organo di controllo. Dunque, un versamento in misura non corrispondente a quella dovuta, implica l'inammissibilità della proposta contrattuale.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.8.2010, n. 5956
Gara – bando – partecipazione Onlus - legittimità.
Legittima è la partecipazioni delle associazioni di volontariato Onlus alle gare pubbliche di appalto in difetto di specifiche disposizioni del bando.
L'assenza di fini di lucro che contraddistingue le Onlus non è tale da poter ipotizzare l'inadeguatezza delle stesse nello svolgimento di attività economiche, così come non costituiscono requisiti indefettibili l'iscrizione nel registro delle imprese o alla Camera di Commercio, a meno che detti specifici requisiti non siano espressamente richiesti dalla *lex specialis* con cui si bandisce la gara. Detto orientamento del Supremo Consesso, che risulta essere coerente con la decisione presa in primo grado, si allinea all' interpretazione della normativa comunitaria circa la definizione e l'applica-zione di impresa ed attività economica -direttiva 2004/08 -; l'orientamento cui si fa riferimento è quello che consente ai soggetti non dotati di una struttura di impresa a partecipare ad un appalto pubblico di servizi salvo diversa disposizione della norma di gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.8.2010, n. 5952
Gara - bando e lettera d'invito - criteri di valutazione delle offerte economiche - determinazione - ampia discrezionalità.
Legittima deve considerarsi una formale attribuzione di un punteggio relativo all'offerta economica prevista dal capitolato speciale riguardante una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, qualora consenta alle imprese, sulla base di un mero calcolo matematico, di individuare immediatamente il massimo punteggio attribuibile alla medesima offerta economica.
L'orientamento seguito in questo caso dal Consiglio di Stato trae il suo fondamento dall'ampio potere discrezionale proprio dell'amministrazione, la quale come nel caso di specie, può permettere alle imprese partecipanti alla gara un'agevole individuazione dell'importo massimo che l'offerta economica deve contenere per ottenere il massimo del punteggio. La conoscenza da parte dei concorrenti dell'offerta con cui ottenere il massimo punteggio non inficia l'esito della gara, essendo detto punteggio ai fini della determinazione della graduatoria da conteggiare necessariamente con quello tecnico, che resta di contenuto incerto. Inoltre detta situazione non priva di validità la gara stessa in quanto non è il alcun modo ipotizzabile un qualsiasi tipo di discriminazione, essendo tutte le partecipanti messe a conoscenza di detta possibilità.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.8.2010, n. 5845
Gara - esclusione - comunicazione a mezzo fax - Nel caso in cui la comunicazione a mezzo fax sia stata prevista dalla *lex specialis* - ecorrenza termine per l'impu-gnazione - riferimento all'art. 77 d. lgs. n. 163 del 2006.
E' idonea a far decorrere il termine per proporre impugnazione la comunicazione della stazione appaltante dell'avvenuta esclusione dell'impresa stessa da una gara pubblica, qualora l'uso del fax sia stato espressamente previsto nella lex specialis di gara e l'impresa destinataria abbia di fatto accettato le precedenti comunicazioni della Pubblica Amministrazione mediante fax al numero fornito dalla stessa.
Di forte adeguamento rispetto alle innovazioni tecnologiche è la pronuncia del giudice di appello che vede come legittima la possibilità di inviare e ricevere comunicazioni via telefax tanto per le stazioni appaltanti quanto per gli operatori economici, qualora sia prevista nella *lex specialis* di gara (*ex* art. 77 del d. lgs. n. 163 del 2006) ed i partecipanti abbiano accettato detta modalità di comunicazione, avendo reso noto, come richiesto dal bando e come avvenuto nel caso di specie, il proprio numero di fax ed avendo intrapreso comunicazioni con la Stazione appaltante mediante telefax.
Il rapporto di trasmissione fa desumere la prova dell'avvenuta ricezione e dunque della piena cognizione del provvedimento, in questo caso di esclusione dalla gara, ed è dalla sua ricezio-

ne il momento da cui inizia a decorrere il termine per l'impugnazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.8.2010, n. 5820
Gara - esclusione - anomalia offerta - applicazione contratto collettivo nazionale di lavoro diverso da quello relativo al settore di attività oggetto dell'appalto - legittimità.
E' legittima l'esclusione di una ditta, da una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, qualora tale ditta abbia dichiarato di voler prendere in considerazione, per il trattamento economico dei propri dipendenti, durante il corso dell'espletamento dell'appalto, un contratto collettivo nazionale relativo ad un settore diverso rispetto a quello dell'attività oggetto dell'appalto.
Nel ritenere fondato il ricorso il Consiglio di Stato sostiene che l'offerta presentata dalla concorrente in questione, che faccia riferimento ad un contratto collettivo nazionale di un settore differente e più vantaggioso rispetto a quello di riferimento dell'appalto, va considerata come se fosse un'offerta anomala ed incongrua, essendo detto contratto inapplicabile al caso di specie. Pur non riferendosi esplicitamente i documenti di gara ad uno specifico contratto collettivo da applicare nei confronti dei propri dipendenti è fuori discussione che l'amministrazione può valutare la congruità del contratto collettivo di lavoro preso in considerazione nell'offerta presentata, soprattutto in ragione della possibilità della buona resa delle obbligazioni contrattuali assumende.

Consiglio di Stato, Sez. V, 10.8.2010, n. 5566
Appalti di servizi - servizio pubblico di riscossione di diritti, sanzioni e di ogni altra entrata e credito dello Stato e degli enti pubblici - affidamento - *ex* art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006.
La concessione del servizio di riscossione per le entrate patrimoniali diverse da quelle tributarie deve avvenire per il tramite di gara quanto meno informale.
Nel confermare la sentenza di primo grado i Giudici di Palazzo Spada sono giunti alla conclusione della necessità di una concessione attraverso una gara quanto meno formale per la riscossione di diritti, sanzioni e ogni altra entrata e credito dello Stato e degli enti pubblici. A detto orientamento sono giunti grazie al combinato disposto della normativa di settore (d. lgs. n. 103 del 2005), che richiede il rispetto di procedure di gara ad evidenza pubblica, e della disciplina generale di contratti pubblici (art. 30, d. lgs. n. 163 del 2006), la quale fa riferimento all'ossequio di principi quali quello della trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, mutuo riconoscimento.

Consiglio di Stato, Sez. V, 2.8.2010, n. 5084
Gara - esclusione - per mancata produzione certificato carichi pendenti prescritto dal bando - regolarizzazione mediante produzione postuma - impossibilità.
Legittimamente è esclusa da una gara di appalto una impresa che non abbia prodotto il certificato dei carichi pendenti prescritti nel bando di gara, non potendo detta omissione essere sanata né dalla produzione di una dichiarazione sostitutiva né successivamente integrata.
Essendo causa di esclusione, così come previsto nel bando di gara, la mancata allegazione del certificato dei carichi pendenti per ciascuno dei soggetti indicati e non essendo equiparata la dichiarazione sostitutiva resa dall'impresa, relativa all'insussistenza di procedimenti in corso per l'applicazione di misure di prevenzione, il CdS nel decidere la questione a lui sottoposta ha seguito l'orientamento del giudice amministrativo di primo grado. L'organo giudicante inoltre ha ribadito come l'integrazione successiva, *ex* art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, non possa trovare applicazione in detta fattispecie, in quanto la *ratio* di detta norma non è quella di sopperire alla mancanza di un documento bensì quella di dare chiarimenti a documenti incompleti.

CGA, Sez. Giurisdizionale, 16.9.2010, n. 1208
Gara - dichiarazioni sostitutive - osservanza formalità *ex* art. 46 e ss. d.P.R. n. 445 del 2000 - coincidenza tra dichiarante, il sottoscrittore e la persona indicata nella copia del documento di identità allegato alle dichiarazioni.
Affinché si possa assolvere alla funzione di certezza propria delle dichiarazioni rese durante una gara, è necessario che nella loro deliberazione siano osservati alcuni specifici requisiti di forma (ad substantiam), ovvero che risulti di immediata percezione la coincidenza dell'identità tra il dichiarante, il sottoscrittore e la persona indicata nella copia del documento che si allega alla stessa dichiarazione.
Ai sensi del combinato disposto degli artt. 38,

46, 47 e 77 *bis* del d.P.R. n. 445 del 2000, risulta essere necessario che sussista e che risulti immediatamente percepibile una coincidenza soggettiva tra il dichiarante, il sottoscrittore e la persona indicata nella copia fotostatica del documento d'identità allegato alla dichiarazione. Alcuno spazio residua per una eventuale regolarizzazione successiva, essendosi in presenza di una formalità essenziale, la cui inosservanza rappresenta una mancanza della prova documentale del possesso dei requisiti richiesti dalla stessa *lex specialis* di gara che la dichiarazione, ove predisposta nella giusta maniera, avrebbe dovuto attestare.

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 24.9.2010, n. 3490
Atto amministrativo - accesso - atti gara appalto - disciplina - art. 13 co. 5 del Codice dei contratti pubblici.
E' illegittimo il rigetto di una istanza di accesso avanzata da una ditta partecipante ad una gara di appalto che sia motivata con la necessità di tutelare la segretezza del know-how industriale e commerciale insito nelle offerte delle altre ditte partecipanti, nel caso in cui detta istanza sia stata proposta per fini difensivi.
Nuovamente e a breve distanza temporale il Giudice amministrativo si interessa alla disciplina relativa all'accesso agli atti di gara, ritenendo prevalente l'accesso difensivo sulle antagoniste ragioni di riservatezza o segretezza tecnica o commerciale (così come sostenuto dal TAR Lombardia, Br, Sez. II, 22.9.2010, n. 3560).

TAR Lombardia, Br, Sez.II, 22.9.2010, n. 3560
Gara - documentazione prodotta dalle ditte concorrenti - accesso - *ex* art. 13 co. 5 del codice dei contratti pubblici.
E' illegittimo il rigetto di una istanza di accesso agli atti afferenti l'offerta della controinteressata avanzata dalla seconda classificata in graduatoria essendo la concorrente titolare di una situazione che la legittima ad accedere alla documentazione per fini difensivi.
Il ricorso risulta essere fondato in quanto comprovato e degno di apprezzamento risulta essere l'interesse della concorrenza ad accedere agli atti di gara, ovvero si tratta di interesse serio, effettivo, autonomo e non emulativo, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Il Giudice amministrativo di primo grado nell'accogliere il ricorso evidenzia come il diritto di accesso debba essere garantito in quanto il suo esercizio condiziona il più alto e costituzionalmente vincolato diritto di difesa.

TAR Lombadia, Br, Sez. I *bis*, 22.9.2010, n. 32386
Gara - dichiarazioni sostitutive - omessa allegazione alle stesse della fotocopia del documento di identità del dichiarazione - esclusione.
E' legittima l'esclusione da una gara, per l'affidamento di un appalto di servizi, di un'impresa che abbia omesso di allegare alle dichiarazione sostitutive previste dal bando di gara copia del documento di identità del dichiarante, poiché detta attività oltre ad essere un onere gravante sul sottoscrittore volto a provare le generalità dello stesso, è soprattutto volta a comprovare l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica.
La mancata allegazione nelle gare di appalto del documento di identità alle allegazioni autocertificative, così come previsto dal bando di gara, non può essere sanata con altri dati forniti in sede di apertura dei plichi, non è pertanto consentita la regolarizzazione successiva, poichè detta omissione costituisce una irregolarità insanabile oltre che una violazione della disciplina regolatrice dell'appalto.

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 14.9.2010, n. 3459
Gara - aggiudicazione provvisoria - revoca e/o annullamento d'ufficio - comunicazione avvio procedimento *ex* art. 7 e segg. l. n. 241 del 1990 - insussistenza.
Non sussiste in capo alla stazione appaltante l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento ex art. 7 e segg. della l. n. 241 del 1990 nel caso in cui la stessa intenda revocare e/o annullare d'ufficio l'aggiu-dicazione provvisoria.
Il suddetto obbligo di comunicazione sussiste di contro nel caso in cui l'esercizio del potere di autotutela abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, in ragione del vantaggio che solo questo tipo di aggiudicazione e non anche quello provvisoria costituisce per l'impresa aggiudicataria. La decisione in questione, inoltre, ritiene che sussiste la responsabilità pre-contrattuale *ex* art. 1337 c.c. in capo all'ente nel caso in cui

abbia rigettato la domanda di annullamento del provvedimento di revoca, poiché è provato che l'elusione delle aspettative della ricorrente, anche se non intenzionale, è colposa e contraria ai canoni di correttezza e buona fede nella formazione del contratto.

TAR Sardegna, Sez. I, 1.9.2010, n. 2163
Gara - documentazione - regolarizzazione - *ex* art. 46 d. lgs. n. 163 del 2006.
L'integrazione documentale prevista ex art. 46 del codice dei contratti pubblici è ammissibile nel caso di clausole equivoche della lex specialis circa le dichiarazioni o le documentazioni, essendo in linea di massima prevalente la sostanza alla forma.
La norma in questione va intesa nel senso dell'esistenza di un onere in capo all'amministrazione di porre in essere un controllo sull'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione ed il disporne la regolarizzazione o l'integrazione, qualora si ritengano esistenti i requisiti di cui sopra. La *ratio* va ricercata nella esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, evitando, di contro, che il loro esito possa essere compromesso o alterato da carenze meramente formali nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione. *Ratio* che deve essere ricercata nell'armo-nizzazione del principio del *favor partecipationis* e del principio della *par condicio* tra concorrenti. La PA, dunque, come nel caso di specie giunto dinnanzi al giudice amministrativo, dovrà farsi carico di richiedere una integrazione documentale alle concorrenti piuttosto che decretarne la loro esclusione, rendendo l'esclusione dalla gara per motivi meramente formali eccezione e non regola.

TAR Sardegna, Sez. I, 10.8.2010, n. 2102.
Gara - avvalimento - requisiti generali partecipazione *ex* art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006 - dichiarazione resa *ex* art. 49.
Va esclusa dalla gara per l'affidamento di un appalto pubblico una ditta che ricorre all'istituto dell'avvalimento, ai fini della partecipazione alla stessa gara, nel caso in cui la dichiarazione sostitutiva sia stata rilasciata esclusivamente con riferimento al legale rappresentante dell'impresa ausiliaria e non anche agli altri amministratori dotati di ampi poteri di rappresentanza, aventi per oggetto la sottoscrizione di atti relativi alle procedure di appalto e dei relativi contratti.
La prevalente giurisprudenza del CdS, condivisa dalla Sezione, ha chiarito che per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisito richiesto della moralità, quando si tratti di titolari di organi delle persone giuridiche, è necessario esaminare i loro poteri, le loro funzioni ed il ruolo effettivamente attribuito per poterli ricomprendere nella nozione di amministratori muniti di poteri di rappresentanza e pertanto ritenerli soggetti a rendere dette dichiarazioni.
Nel caso di specie, detti soggetti in tal modo identificabili non hanno provveduto a rendere la relativa dichiarazione sostitutiva richiesta *ex* art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, e pertanto, legittima è l'esclusione dell'offerta dell'impresa.

«::::::::: GA :::::::::»

- SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

Consiglio di Stato, V, 12.10.2010, n. 7401
Art. 113, co. 15 *quater*, TUEL - *ratio*.
Art. 113, co. 15 *quater*, TUEL - art. 23 *bis*, co. 9, d.l. n. 112/2008 - differenza.
La ratio dell'esonero delle prime gare dall'applicazione del divieto cristallizzato dal co. 6 dell'art. 113, previsto dal successivo co. 15-quater, risiede nell'esigenza di consentire alle imprese affidatarie, in virtù di affidamenti diretti, che si erano date una struttura per porsi in concorrenza sul libero mercato, di non dissipare i notevoli investimenti cui avevano dato luogo. Posto, infatti, che a regime tali imprese non possono godere, in virtù dei principi comunitari in materia di tutela effettiva della concorrenza e di apertura reale del mercato, della contestuale possibilità di ottenere affidamenti diretti e di partecipare a gare in libero mercato, si è reputato che l'immediata esclusione dei soggetti in parola dalle gare indette dalle amministrazioni per le quali erogavano i servizi oggetto della gara, avrebbe creato una improvvisa soluzione di continuità, foriera di una disparità di trattamento alla rovescia, con la cancellazione ex abrupto degli investimenti effettuati proprio nell'ambito territoriale di riferimento. E' ragionevole, quindi, nell'ambito di discrezionalità che gli compete, che il legislatore, statale e regionale, abbia previsto il termine in questione, al fine di consentire alle imprese, operanti in virtù di precedenti affidamenti diretti, di riorganizzarsi per competere nei rispettivi ambiti di interesse. Tale ratio consente di limitare l'eccezione ai soli casi in cui vi sia una perfetta identità territoriale, oltre che settoriale, dell'oggetto della gara e del previo affidamento diretto. Di qui la non operatività di detto regime transitorio di favore per le gare indette da un comune diverso da quelli presso i quali la società in esame gode di affidamenti diretti.
Il co. 15-quater dell'art. 113 TUEL ha un costrutto ben diverso da quello successivamente esibito dal co. 9 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008, modificato dall'art. 15, c. 1, lett. d), d.l. n. 135/2009 conv. in l. n. 166/2009), ai sensi del quale: "I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti"; in cui il riferimento a "tutto il territorio nazionale" e alla "prima gara successiva alla cessazione del servizio" designa un diverso punto di rilevanza ermeneutica: quello dell'impresa affidataria.

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 6.10.2010, n. 1266
Bonifica e messa in sicurezza dei siti inquinati *ex* art. 242 d. lgs. n. 152/2006 - Natura di servizio pubblico - sussiste.
Non possono serbarsi dubbi di sorta in ordine alla qualificazione come "servizio pubblico" dell'attività di fognatura e di depurazione delle acque. Ad analoga conclusione deve pervenirsi anche per le attività di bonifica e di messa in sicurezza dei siti inquinati, nel cui quadro si colloca anche l'emunzione delle acque di falda. Ed invero, per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile a livello soggettivo la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di una definizione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative) e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili). Le coordinate qualificatorie sopra tracciate ben si attagliano al caso delle attività di bonifica e di messa in sicurezza dei siti inquinati, in passato disciplinate dall'art. 17 del d. lgs. 5.2.1997, n. 22 e attualmente dall'art. 242 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152. Difatti le procedure di messa in sicurezza e di bonifica sono obbligatorie ex lege al ricorrere di determinati presupposti di fatto, sono disciplinate da fonti di rango prima-

rio, sono svolte (anche) a favore di una collettività indeterminata di beneficiari (gli abitanti di una zona inquinata), mirano al perseguimento di un interesse pubblico (alla salubrità ambientale e al ripristino del bene-interesse violato dagli inquinamenti) e, infine, consistono in attività produttive e di rilievo economico. La circostanza che per tali attività non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari (come si verifica invece per la normale attività di depurazione) non inficia i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico e ciò perché, in via generale, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico; inoltre, dal punto di vista strettamente economico, l'utilità dei soggetti tenuti alla messa in sicurezza e alla bonifica di siti inquinati è all'evidenza rappresentata dal vantaggio che costoro (o i loro danti causa) hanno conseguito precedentemente attraverso la socializzazione dei costi (id est l'inquinamento) relativi a oneri del processo produttivo (ossia quelli connessi al corretto smaltimento degli agenti inquinanti) che sarebbero dovuti rimanere a carico delle stesse imprese inquinatrici: attraverso le procedure di bonifica e messa in sicurezza tali costi vengono nuovamente internalizzati, peraltro in misura inferiore al vantaggio ottenuto dalle imprese obbligate (non essendo integralmente risarciti i danni, individuali e collettivi, alla salute medio tempore verificatisi).

Consiglio di Stato, V, 1.10.2010, n. 7276
Sevizio idrico integrato - affidamento della gestione - giurisdizione a.g.a..
Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale da cui non vi è motivo di discostarsi (ex pluribus, Cass. SS.UU. 6.7.2005, n. 14195; C.d.S., sez. IV, 6.7.2009, n. 4306; sez. V, 18.9.2006, n. 5442), la giurisdizione di legittimità in unico grado del Tribunale superiore delle acque pubbliche ex art. 143, c. 1, lett. a), del R.D. 11.12.1933, n. 1775, sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi dell'amministrazione in materia di acque pubbliche, sussiste solo allorquando i provvedimenti impugnati incidono direttamente ed immediatamente sulla materia delle acque, concorrendo in concreto a disciplinare la gestione, l'esercizio delle opere idrauliche, i rapporti con i concessionari ovvero a determinare i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio e/o alla realizzazione delle opere stesse o a stabilirne e/o a modificare la localizzazione di esse o influire sulla loro realizzazione mediante sospensione o revoca dei relativi provvedimento. Non rientrano per contro in tale speciale competenza giurisdizionale le controversie che hanno per oggetto atti solo strumentalmente inseriti in procedimenti finalizzati ad incidere sul regime delle acque, così che appartiene alla cognizione del giudice amministrativo la controversia con cui si dubita della legittimità di un provvedimento di esclusione dalla gara di appalto per la realizzazione di opere idrauliche o l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato.

Consiglio di Stato, V, 23.9.2010, n. 7083
Società miste - accesso consiglieri comunali ex art. 43 TUEL - rientra.
In materia di accesso di un consigliere comunale relativamente ad alcuni documenti della società mista, incaricata di svolgere alcuni servizi pubblici locali, occorre tenere presente che una società mista, con partecipazione maggioritaria dell'ente locale, costituita ai sensi dell'art. 113 del testo unico degli enti locali di cui al d.lgs. n. 267/2000, è, sì, una società di diritto privato, ma è anche una società che svolge (esclusivamente o prevalentemente) uno o più servizi pubblici locali: è, in altre parole, una modalità alternativa ad altre (economia, azienda speciale, appalto, istituzione) per la gestione di servizi pubblici locali, e le modalità con cui vengono svolti tali servizi pubblici locali non può non ricadere nell'ambito dei poteri di cognizione del consigliere comunale.

Consiglio di Stato, V, 23.9.2010, n. 7080
Art. 113, co. 15 *quater*, TUEL - applicabilità. Art. 113, c. 15 *quater*, TUEL - art. 23 *bis*, co. 9, d.l. n. 112/2008 - analogie.
La titolarità di un servizio affidato in via diretta da una amministrazione estranea a quella che indice la gara è fattispecie non ricadente nella previsione di cui al c. 15-quater dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 e determina la piena applicabilità del c. 6 dell'art. 113, il quale dispone che "non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al c. 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica,

o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime", con i conseguenti effetti preclusivi. (Nel caso di specie, l'appellante, in forza del suo "status" di società "in house" di altri enti locali, non avrebbe potuto partecipare alla "eventuale gara" indetta dal comune a meno di perdere la qualifica di affidatario diretto)
Vertendosi nella specie in tema di affidamento di servizio pubblico, e non di appalto di servizi, il co. 6 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 dispone che "non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al co. 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime". Analogamente, il co. 9 dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, dispone che "i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al co. 2, 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 la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato".

Consiglio di Stato, V, 21.9.2010, n. 7024
Concessione di servizio pubblico - affidamento mediante trattativa privata - presupposti.
E' pacifico che in tema di affidamento di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, mediante concessione, i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (di cui agli arti. 43 e 49 del Trattato C.E.), nonché quelli che governano la materia dei contratti pubblici, impongono alle amministrazioni di procedere salvaguardano la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, "mediante l'utilizzo di procedure competitive selettive. Per contro, le "circostanze speciali" che consentono il ricorso alla trattativa privata non possono essere quelle connesse alla mera presunta maggiore convenienza tecnico-economica dell'intervento proposto. Pertanto, anche nel caso di concessione di pubblici servizi, il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto ai casi di impossibilità di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza, ovvero della sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale.

Consiglio di Stato, V, 10.9.2010, n. 6548
Affidamento servizio pubblico - accordo tra amministrazioni alternativo alla gara - legittimità.
La sentenza 9.6.2009 in C-480/06 – oltre ad affermare, nel paragrafo n. 47, il principio che "il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico" (consentendo, invece, alle amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa allo svolgimento di una di procedura di evidenza pubblica di scelta del contraente, di stipulare un accordo a titolo oneroso con altra amministrazione pubblica, cui affidare il servizio) – si dà carico di considerare che una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, "poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti" (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 50 e 51). La pronuncia attribuisce rilievo al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico mediante accordi tra pubbliche amministrazioni, e ne valuta la compati-

bilità con la normativa comunitaria, in quanto la stessa tende preminentemente a salvaguardare il principio della parità di trattamento tra soggetti privati aventi scopo di lucro: nella giurisprudenza comunitaria è riconosciuta la possibilità che le amministrazioni pubbliche, ferma la loro legittimazione a concorrere alla pari delle imprese private nelle pubbliche gare, concludano accordi diretti per il perseguimento di fini di interesse pubblico.

Consiglio di Stato, V, 10.9.2010, n. 6529

Servizi pubblici locali di rilevanza economica - SPL privi di rilevanza economica - criteri distintivi.

Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza non si può, alla stregua della sentenza Corte Cost. n. 272/2004 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis d.lgs. n. 267/2000) e della ivi richiamata giurisprudenza comunitaria – infatti, secondo il diritto comunitario, sono soggetti alla disciplina della concorrenza solo i servizi di interesse economico generale (v. art. 86, ex-art. 90, tratt. Ce) –, far ricorso all'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, della loro erogazione tramite attività d'impresa svolta nel mercato, la quale garantisca la remunerazione efficace del capitale (i.e. la capacità di produrre utili), nel senso che nell'organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) deve remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione. In effetti, qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica – attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d'impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica –, può essere svolta in forma d'impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un'istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni. Si tratta di distinzione incerta e di differenze di regime non ontologicamente necessarie, come dimostrato dall'esistenza, per un verso, di servizi corrispondenti alla prima definizione, erogati da pubbliche amministrazioni in forma non remunerativa (si pensi all'istruzione o alla sanità), e, per altro verso, di servizi analoghi a quelli del secondo gruppo, erogati da imprese (si pensi agli istituti di patronato o ai centri di assistenza fiscale). La scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende, in definitiva, più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi. A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio.

Consiglio di Stato, V, 10.9.2010, n. 6527

Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) - *ratio*.

Art. 13 d.l. n. 223/06, (c.d. decreto Bersani) - camere di commercio - sottoposizione.

Le ragioni per le quali la società strumentale rappresenta una turbativa del libero giuoco della concorrenza consistono nel rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Invero, una posizione di vantaggio non sempre si realizza introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche garantendo ad un'impresa una partecipazione certa al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi: un minimo garantito (ecco il senso delle limitazioni ad operare sul mercato di imprese strumentali agli enti costituenti). Né occorre che ciò determini profitto, purché l'impresa consegua da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In

una tale situazione, ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare.
Le amministrazioni pubbliche locali, e quindi anche le Camere di commercio, possono impiegare propri capitali per costituire società al fine di ottenere l'affidamento di servizi di utilità generale, concorrendo liberamente in una gara ad evidenza pubblica; ma tale iniziativa non può essere perseguita mediante la costituzione di una società partecipata al 100% da una loro società strumentale, perché in tal modo verrebbe ad essere eluso, sia pure indirettamente, il divieto di svolgere attività diverse da quelle espressamente consentite ai soggetti che godono del beneficio del minimo garantito.

Consiglio di Stato, VI, 27.8.2010, n. 5984
Servizio distribuzione gas naturale - proroga *ex* art. 15, co. 7, d. lgs. n. 164/2000 - presupposti.
In merito all'automaticità delle ipotesi di proroga previste dall'art. 15, co. 7, d.lgs. n. 164/2000, la norma è chiara nell'esplicitare la volontà del legislatore di subordinare gli incrementi del periodo transitorio (a decorrere dalla scadenza base del 31.12.2005) alla sussistenza di tre condizioni che sono comunque riconducibili a requisiti soggettivi del concessionario.
A differenza della proroga prevista dalla l. n. 239/2004 per motivi di interesse pubblico, avente carattere eminentemente discrezionale, la proroga di cui all'art. 15, co. 7, d. lgs. n. 164/2004, non è il frutto dell'esercizio di una facoltà dell'ente locale, ma è legata a presupposti tipizzati, che garantiscono un automatica prosecuzione del rapporto,salvo che l'ente locale non motivi in modo specifico sulla effettiva necessità di procedere ad una liberalizzazione immediata: gli incrementi di cui all'art. 15, c. 7, cit. non sono il risultato di una negoziazione fra il comune ed il concessionario,né costituiscono una concessione a titolo grazioso, ma concretano un'aspettativa tutelata del concessionario che non può essere negata se non valutando la sua posizione, il sacrificio ed i danni che deriverebbero dalla mancata concessione del prolungamento del periodo transitorio, nonché la necessità e le effettive ragioni, per l'amministrazione, di procedere ad un'immediata liberalizzazione.

Consiglio di Stato, V, 4.8.2010, n. 5214
Affidamento a società mista con socio privato *"operativo"* - affidamento a gara - equiparazione.
La giurisprudenza del Consiglio di Stato è decisamente orientata nel senso della equiparazione dell'affidamento a società mista appositamente costituita con un socio privato operativo, scelto mediante procedura ad evidenza pubblica, all'affidamento mediante gara: le due procedure garantiscono in egual misura il rispetto dei principi comunitari in tema di libero mercato, perché attraverso la prima, finalizzata alla scelta del socio, non si realizza un affidamento diretto alla società, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo. Il modello, in altre parole, trae la propria peculiarità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio.
Se la scelta del socio non avviene al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta stessa, ma per l'individuazione, mediante gara, del soggetto che dovrà svolgere una specifica e definita attività, in questo caso, l'affidatario del servizio non è un soggetto precostituito unilateralmente dall'amministrazione, come avviene nell'in-house providing, ma è il vincitore di una libera competizione tra operatori del settore:

l'affidamento non è diretto perché la scelta del beneficiario è mediata, essendo subordinata all'esito della gara.

Consiglio di Stato, V, 2.8.2010, n. 5100
Cooperative sociali ex art. 5, co. 1, l. 381/91 - affidamento servizi pubblici locali - esclusione.
Servizio di scuola bus - servizio pubblico locale - rientra.
L'art. 5, co. 1, della l. 8.11.1991 n. 381, nel consentire agli enti pubblici ed alle società di capitali a partecipazione pubblica di stipulare "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione" apposite convenzioni con le cooperative sociali come definite dal precedente art. 1, per la fornitura di "beni o servizi" diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato sia inferiore alla c.d. soglia comunitaria e purché tali convenzioni siano finalizzate alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate, esclude, perciò, di utilizzare le convenzioni ivi previste per l'affidamento di servizi pubblici locali.
Non v'è dubbio, che il servizio di scuolabus si inquadri perfettamente nel concetto di servizio pubblico locale come qualificato dall'art. 112 del t.u.e.l. di cui al d. lgs. 18.8.2000 n. 267, ai sensi del quale "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Tanto sul piano sia soggettivo, essendo il ripetuto servizio riconducibile alla competenza comunale, che oggettivo, attese le finalità sociali a favore della collettività dell'attività svolta, le quali caratterizzano e distinguono appunto il servizio pubblico rispetto alla fornitura di servizi, diretta a soddisfare esigenze dell'amministrazione pubblica (che questa ha facoltà, a termine del cit. art. 5, co. 1, della l. n. 381/91, di procurarsi tramite convenzione diretta, in deroga alle norme in materia di contratti dell'amministrazione pubblica, con le cooperative sociali ove tale convenzione sia volta allo scopo di creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate).

Consiglio di Stato, V, 13.7.2010, n. 4539
Operatore economico - offerta servizi sul mercato - procedure di affidamento ad evidenza pubblica - sottoposizione.
Anche alla luce della normativa comunitaria, pur orientata alla massima estensione del concetto di operatore economico (ossia dell'imprenditore, fornitore e prestatore di servizi) al fine di non limitare la concorrenza, il Corpo dei Vigili del fuoco non rientra in tale concetto: secondo l'art. 1, par. 8, della direttiva n. 2004/18/CE "i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi". Conformemente, per l'art. 3, co. 19, del Codice dei contratti, l'imprenditore, fornitore o prestatore di servizi è "una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica (…), che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi". Alla stregua delle richiamate disposizioni, se è ben vero che anche soggetti economici senza scopo di lucro possono soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" qualora esercitino anche attività di impresa funzionale ai loro scopi ed in linea con la relativa disciplina statutaria (tanto che è stato affermato che la direttiva 2004/18 osta all'interpretazione della normativa nazionale nel senso che vieti la partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti di università ed istituti di ricerca: cfr. C.G.C.E., sez. IV, 23.12.2009, causa C-305/08), non è men vero che la qualificazione di tali soggetti come operatori economici è inderogabilmente connessa alla condizione che il soggetto stesso "offra sul mercato (…) la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi", sicché non è assoggettabile alle procedure ad evidenza pubblica un contratto con un soggetto che non è operatore economico in quanto non offre sul mercato i suoi servizi.

Consiglio di Stato, V, 13.7.2010, n. 4525
Studio geologico affidato ad università - gara ad evidenza pubblica - necessità.
Qualificando la Relazione geologica, predisposta dall'Università, come "servizio" da affidare con gara ad evidenza pubblica nel rispetto delle regole del d.lgs. n. 163/2006, il TAR ha correttamente precisato che la redazione di detta Relazione doveva intendersi non come un atto

isolato bensì come il risultato finale di una complessa attività istruttoria e quindi di un complesso di fasi certamente comprensive anche di quelle di studio, di illustrazione e di approfondimento teorico-scientifico della conformazione geologica del territorio comunale, così come risultante dalle cartografie in possesso dello stesso Comune. In buona sostanza, l'attività di studio in questo caso affidata all'Università doveva correttamente intendersi ricompresa a pieno titolo nell'espletamento del servizio in questione, in quanto senza tale supporto scientifico esterno la relazione finale non poteva essere adeguatamente redatta all'interno degli uffici comunali.

Consiglio di Stato, V, 13.7.2010, n. 4510
Concessione di servizio - applicazione in via analogia della disciplina appalti - esclusione.
E' erronea l'applicazione analogica della disciplina dettata all'art. 75 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/06, in materia di gare per l'affidamento di appalti pubblici alla diversa materia delle concessioni di servizi, in quanto l'art. 30, co. 1, del medesimo Codice stabilisce, senza possibilità di equivoci, che «Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi».

TAR Sardegna, I, 12.10.2010, n. 2293
Servizio distribuzione gas naturale - divieto *ex* art. 14, co. 5, d. lgs. n. 164/2000 - presupposti.
L'art. 14, co. 5, d. lgs. n. 164/2000 impedisce la partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale "delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica" (nel caso di specie, l'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del GPL non è stato preceduto da alcuna procedura di evidenza pubblica, ma solo da un esame comparativo di tre proposte progettuali fatte pervenire al comune da tre diverse imprese).

TAR Campania, Sa, I, 23.9.2010, n. 11099
Art. 204, co. 1, d. lgs. n. 152/2006 - proroga *ex* lege - esclusione.
L'art. 204. co. 1, d. lgs. n. 152/2006, non ha previsto la proroga ex lege degli affidamenti in corso che, altrimenti, si tradurrebbe in una spoliazione immediata delle competenze dei comuni, non prevista e non voluta dal legislatore, ed in una temporanea incompetenza assoluta in subiecta materia, per vuoto di attribuzione. La norma citata, si è limitata a sancire la "permanenza" dei contratti in corso, stipulati all'esito di procedure di evidenza pubblica, secondo il proprio regime temporale, fermo restando la cessazione ex lege, anche anticipata, con l'operatività del nuovo gestore: interpretazione che trova conferma nell'ultimo comma dell'art. 204, che parla di "scadenza", escludendo così la possibilità di una proroga ex lege. Del resto quand'anche l'art. 204 cit. dovesse essere interpretato nel diverso senso per cui lo stesso prefigurasse la proroga dei contratti in corso alla data del 29.4.2006, si dovrebbe comunque limitare la proroga ai soli affidamenti del servizio effettuati con procedura concorsuale. La normativa sulla decadenza dei contratti, conclusi senza gara, in quanto diretta a conformarsi all'ordinamento comunitario, infatti, integra sicuramente un regime speciale, prevalente rispetto alla (asserita) proroga degli affidamenti ordinari fino alla operatività del gestore unico dell'A.T.O..

Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 15.9.2010, n. 861
Spostamento farmacia comunale - ragioni - sindacabilità - limiti.
Ferma restando la competenza del Comune a valutare, nell'ambito della sua autonomia e fatto salvo il rispetto delle compatibilità finanziarie e la salvaguardia della sana gestione finanziaria dell'ente stesso, i casi nei quali ai sensi dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244/2007 (Finanziaria 2008) una specifica attività rientra fra le finalità che l'ente può perseguire con lo strumento societario, sussistono notevoli dubbi in ordine alla possibilità che gli enti territoriali possano procedere alla costituzione di una società di capitali che abbia quale oggetto sociale "la progettazione, sviluppo e realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile quali impianti eolici, biomasse, fotovoltaici, pannelli solari, nonché progettazione e costruzione … nonché commercializzazione dell'energia elettrica prodotta da tali impianti".
A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010 gli

enti locali con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono procedere, in linea di massima, alla costituzione di società di capitali, se non associandosi con altri enti per raggiungere una quota minima di popolazione pari a 30.000 abitanti, ad eccezione dei casi nei quali sia lo stesso legislatore, nazionale o regionale, a prevedere che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali.

TAR Lombardia, Mi, III, 13.9.2010, n. 5664
Spostamento farmacia comunale - ragioni - sindacabilità - limiti.
Deve ritenersi che la scelta di spostare la farmacia comunale in zona più centrale e contigua ad una serie di servizi di utilità sociale come la scuola materna, l'ambulatorio infermieristico, l'ufficio servizi sociali di tutela ed aiuto alla persona, non sia in sé irragionevole, fermo restando che la sua opportunità non può essere soggetta al sindacato che questo Tribunale Amministrativo può compiere in sede di giurisdizione di legittimità.

TAR Umbria, I, 9.7.2010, n. 402
Principio della gestione sovra comunale dei rifiuti - soppressione Autorità d'ambito - permane.
L'ordinamento, in linea di principio, non asseconda l'aspirazione di un comune ad occuparsi autonomamente del ciclo dei (propri) rifiuti, o di alcune delle relative fasi (come, con riferimento alla pretesa azionata dal Comune di Assisi, lo spazzamento delle strade, la raccolta ed il trasporto).
Siccome ciascun Comune, per il collocamento finale dei rifiuti prodotti sul suo territorio, necessita della collaborazione con gli altri Comuni compresi nel medesimo ambito e delle sinergie che l'utilizzazione delle risorse territoriali e delle infrastrutture di ciascuno di essi sono in grado di generare a vantaggio comune, è del tutto coerente che anche le fasi antecedenti della raccolta e del trasporto dei rifiuti siano organizzati e gestiti unitariamente; altrimenti, si perderebbe la possibilità di sfruttare dette sinergie, e qualcuno degli enti finirebbe per generare costi ambientali dei quali non sopporta (almeno non integralmente) l'onere, "scaricandoli" sui Comuni limitrofi (ciò, in contrasto con il principio comunitario del "chi inquina paga", sancito dall'art. 191, par. 2, del Trattato UE).
La gestione sovracomunale dei rifiuti non è venuta meno neanche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, c. 186-bis, della l. n. 191/2009, come introdotto dall'art. 1, co. 1-quinquies, del d.l. n. 2/2010, convertito in l. n. 42/2010. Detta disposizione, infatti, prevede la soppressione delle Autorità di Ambito, ma dispone che, entro un anno, "le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza".
Il legislatore statale, in tal modo, non ha voluto senz'altro ripudiare la scelta di gestire il servizio in un ambito sovracomunale; ma soltanto consentire una riallocazione delle funzioni (alla Regione, alle Province, a forme associative o convenzionali tra Comuni) secondo le diverse esigenze dei territori e delle collettività regionali, prevedendo comunque (evidentemente, per ragioni di contenimento della spesa) l'eliminazione di un'entificazio-ne autonoma del soggetto titolare delle funzioni (altrimenti, come già avvenuto ad opera del precedente co. 186 per la soppressione dei Consorzi di funzioni, avrebbe disposto semplicemente la retrocessione ai Comuni dei relativi compiti).

TAR Veneto, I, 9.7.2010, n. 2906
Servizio raccolta differenziata dei rifiuti - proroga con ordinanza sindacale contingibile e urgente - legittimità.
Servizio di raccolta differenziata dei rifiuti - proroga con ordinanza sindacale contingibile e urgente - affidamento diretto - non sussiste.
E' indubitabile che il servizio di igiene sia di carattere essenziale e come tale non possa subire interruzioni: ciò può, quindi, giustificare, in fatto, la scelta dell'amministrazione di assicurare la continuità del servizio mediante un provvedimento extra ordinem; per cui, in considerazione dell'importanza ed essenzialità del servizio da rendere alla collettività, è possibile ritenere la sussistenza delle condizioni e dei presupposti per legittimare l'ordinanza sindacale contingibile ed urgente, onde assicurare comunque, senza il ricorso ad una nuova ed ulteriore proroga, la continuità del servizio nelle more della predisposizione degli atti necessari per il nuovo affidamento.
L'avvenuto affidamento del servizio alla ricorrente per effetto di un provvedimento extra ordinem, assunto sulla base di presupposti di diritto del tutto diversi da quelli in base ai quali in via ordinaria si procede mediante proroga

dell'affidamento in corso, non è assimilabile a tale ultima ipotesi e, quindi, non può costituire per la società affidataria impedimento per l'eventuale partecipazione ad altre gare.

«::::::::: GA:::::::::»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

AI COMPONENTI DELLA CONFERENZA DEI CAPIGRUPPO NON È DOVUTO IL GETTONE DI PRESENZA

Conclusivamente, la Sezione esprime l'avviso che ai componenti della conferenza/commissione dei capigruppo non sia dovuto il gettone di presenza dal momento che tale organo, per l'assetto organizzativo, la finalità e la natura delle funzioni esercitate, non può essere assimilato alle commissioni consiliari permanenti cui si riferisce la previsione dell'art. 82, co 2, TUEL e rientra, pertanto, nel novero delle "altre" commissioni alle quali si applica il divieto di cumulo dei compensi (Corte Conti Lombardia 306/2010 PAR).

«::::::::: GA :::::::::»

L'INFORTUNIO AL LAVORATORE OCCORSO IN LUOGO *"FUORI ROTTA"* NON È INDENNIZZABILE

Infortunio in itinere: non è indennizzabile l'evento occorso al lavoratore in luogo "fuori rotta" rispetto all'itinerario più breve per raggiungere il posto di lavoro(Cass. Sez. Lav. Sent. 19937/2010).

«::::::::: GA :::::::::»

LE SPESE EFFETTUATE PER LE TRASFERTE CON L'AUTOVETTURA PERSONALE SONO RIMBORSABILI

Ai componenti della Giunta provinciale per le trasferte effettuate con autovettura personale sono rimborsabili oltre alle spese di benzina anche le spese di custodia dell'auto personale (Corte Conti Veneto 105/2010 PAR).

«::::::::: GA :::::::::»

COLPA GRAVE DEL DIRIGENTE PROVINCIALE CHE EROGA COMPENSI AGGIUNTIVI AD UN PROPRIO DIPENDENTE PER ATTIVITÀ COMUNQUE RIENTRANTI NEI COMPITI ORDINARI DEL DIPENDENTE STESSO

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, la condotta del convenuto appare sorretta quanto meno dalla colpa grave. Va infatti considerato che il dirigente ha una specifica competenza e responsabilità per l'attribuzione di trattamenti accessori (art. 45, co. 4, d. lgs. n. 165/2001) e che i principi nel caso violati costituiscono principi basilari del trattamento retributivo dei dipendenti, che dunque non possono essere legittimamente ignorati o disapplicati dai dirigenti senza violare quei canoni di diligenza minimale che gli stessi sono tenuti ad adottare nell'esercizio delle proprie funzioni. L'erogazione di compensi aggiuntivi a un pubblico dipendente per lo svolgimento, per quanto in ipotesi proficuo, di attività d'ufficio al di fuori delle previsioni, della competenza e delle procedure previste a livello normativo e contrattuale costituisce una macroscopica violazione dei canoni fondamentali della gestione del rapporto di lavoro e delle responsabilità specifiche che sono al riguardo assegnate ai soggetti preposti all'esercizio di funzioni dirigenziali. La mancata erogazione al dott. X, nell'anno in cui gli è stato erogato il compenso aggiuntivo in questione, dell'indennità per specifiche responsabilità annualmente pari a euro 1.032,91 può essere tenuta in conto quale vantaggio parzialmente compensativo, trat-

tandosi di comportamento con cui il convenuto ha in sostanza cercato di temperare l'esborso di 5.000 euro indebitamente provocato all'Ente di appartenenza. Va in tal senso anche considerato che l'indebito vantaggio patrimoniale non è avvenuto a favore del patrimonio del convenuto. In conseguenza di tale parziale compensazione e dell'esercizio del potere riduttivo l'addebito può essere quindi ridotto a 4.000,00 (quattromila/00) euro. A tale importo va aggiunto il maggior danno da svalutazione monetaria, da calcolarsi secondo il tasso medio dei titoli del debito pubblico, a decorrere dal momento dell'effettivo. depauperamento del patrimonio dell' Ente danneggiato e fino alla pubblicazione dell'emananda sentenza, con gli interessi legali da quella data, fino all'effettivo soddisfacimento delle ragioni del creditore.
Va altresì precisato che il momento dell'effettivo depauperamento del patrimonio dell'Ente danneggiato va computato con riferimento alle tempistiche di erogazione dei singoli ratei nei quali è stata frazionata la corresponsione dell'emolumento, tenendo proporzionalmente conto della riduzione dell'importo operata nell'esercizio del potere riduttivo come sopra (Corte Conti Puglia sent. 475 del 22.7.2010).

«::::::::: GA :::::::::»

LA MANCATA DISDETTA DEI CONTRATTI DI LOCAZIONE AD USO COMMERCIALE DI PROPRIETÀ DI SOCIETÀ PARTECIPATE DALLA PA PROVOCA UN DANNO PARI AL MAGGIOR INTROITO OTTENIBILE CON L'AGGIORNAMENTO DEL CANONE A SEGUITO DI TEMPESTIVA DISDETTA

Il mancato inoltro delle disdette nei termini previsti dalla legge, per quanto sopra osservato, è idoneo a determinare un danno patrimoniale. Ciò avrebbe evitato la tacita riconduzione dei contratti di locazione (comunque vietata) e, in ogni caso, avrebbe consentito all'Amministrazione di beneficiare di un sensibile aumento del canone di locazione. La Procura, sulla base di una dettagliata relazione tecnica dell'Agenzia del territorio, ha quantificato il pregiudizio derivante dal mancato incremento del canone locatizio per i contratti Smartdora, Heliosrapid e Quickservice in € 94.918,09 e per quelli Duma, Graziuso e Association Europeenne in € 25.807,98.
I convenuti hanno controdedotto che le maggiori entrate derivanti dall'aumento del canone non avrebbero natura certa in quanto i conduttori avrebbero ben potuto non accettarlo.
In senso contrario, deve, tuttavia, osservarsi che l'Amministrazione ha perduto la possibilità di beneficiare di una chance favorevole e che la cessazione della locazione avrebbe determinato un incremento di valore dell'immobile pubblico nella procedura di vendita in quanto giuridicamente "libero" (non locato). Del resto, giova osservare sia che il divieto pattizio di locazione, cui si sono riferite le parti anche nella discussione pubblica, ha riguardo esclusivamente ad immobili liberi e non a quelli occupati, sia che l'eventuale prelazione può operare in relazione a contratti efficaci e non con riguardo a quelli disdettati, sia che l'indennità di avviamento in relazione agli immobili locati ad uso commerciale è pur sempre dovuta (la mancata corresponsione dovuta alla tacita riconduzione è un dato comunque considerato nella fissazione del prezzo di vendita del bene locato). Il danno, quindi, considerando tutte le variabili indicate può ragionevolmente ed equitativamente essere ridotto al 60% dell'ammontare contestato dalla Procura (sulla base della stima effettuata dall'Agenzia del territorio) come pregiudizio derivante dal mancato adeguamento del canone locatizio (Corte Conti, Campania sent. 1494 del 13.8.2010).

«::::::::: GA :::::::::»

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

LE ASSENZE PER MALATTIA NEL PUBBLICO IMPIEGO

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Le criticità del sistema della trasmissione per via telematica dei certificati medici. Entro il 31.1.2011 la (prevista) entrata a regime del sistema. Le difficoltà operative e la sentenza della Consulta 207/2010 sull'onere finanziario per eseguire le visite fiscali.

La riforma del Ministro Brunetta ha ridisegnato la disciplina del controllo delle assenze per malattia dei pubblici dipendenti, al fine di ridurre il fenomeno dell'assenteismo e concorrendo a potenziare il livello di efficienza della PA.

Particolare importanza nella regolamentazione dei controlli delle assenze riveste l'organizzazione e la gestione della trasmissione per via telematica dei certificati di malattia che, tuttavia, oggi non è ancora completamente a regime.

Lo stato del processo di informatizzazione per l'invio telematico non è ancora uniforme in tutte le regioni. Molte Asl territoriali, ad esempio, non sono state in grado di distribuire ai medici di appartenenza il *"Pin"* necessario per l'invio telematico dei certificati di malattia all'Inps, oppure non hanno attivato la connettività necessaria per collegare ad internet gli studi dei medici di famiglia e le postazioni di guardia medica ed ospedaliere.

Parimenti non tutte le amministrazioni hanno adottato le necessarie (ed obbligatorie) iniziative per ricevere le certificazioni dall'Inps e provvedere ai conseguenti adempimenti.

E' per tale ragione che la Commissione tecnica (nominata dal Ministro Brunetta e composta da rappresentanti dei vari Ministeri competenti, oltre a quelli di Inps, Inpdap, dei Medici, della Conferenza delle Regioni e delle Provincie autonome) preposta al collaudo generale del sistema di trasmissione telematica dei certificati di malattia, ha in questi ultimi giorni chiesto al ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione la emanazione di una apposita circolare esplicativa che prolunghi il periodo di collaudo al 31.1.2011, data ultima entro la quale il sistema dovrà comunque entrare definitivamente a regime.

Quali sono le conseguenze del ritardo della applicazione sul territorio nazionale della procedura di trasmissione telematica dei certificati, in questa fase, di fatto, ancora *"sperimentale"*?

Ad oggi, oltre a non poter essere irrogate ai medici le sanzioni disciplinari e penali per la mancata trasmissione per via telematica dei certificati di malattia, non essendo ancora entrata a regime la procedura prevista e voluta dalla legge, in molte delle amministrazioni pubbliche, ivi compresi gli enti locali, non possono evidentemente essere attivati i controlli con quella tempestività che rappresenta l'elemento qualificante della riforma e il suo asse portante.

Tempestività dei controlli che, con l'utilizzo del sistema telematico, sarebbe resa possibile, si ripete, proprio dal fatto che non appena viene rilasciato il certificato di malattia (al massimo entro un giorno) da parte del medico e da questi messo in rete, l'informazione sarebbe immediatamente fruibile dai soggetti preposti a richiedere od effettuare la visita fiscale presso il domicilio del lavoratore.

Secondo quanto riferito dal Ministro Brunetta il numero dei certificati di malattia trasmessi in modalità telematica registra un costante aumento. Tuttavia, perdurando il periodo transitorio, è ancora diffusamente utilizzato il sistema cartaceo e, di conseguenza, risulta problematico per il datore di lavoro di-

sporre, ad esempio, il controllo in ordine alla effettiva sussistenza della malattia del dipendente, magari per assenze di un solo giorno, comunicate a mezzo raccomandata.

L'invio telematico della certificazione medica direttamente dal medico o dalla struttura sanitaria all'Inps e da questi, sempre per via telematica, alla amministrazione interessata (secondo le direttive di cui alla circolare Inps del 7.9.2010, n. 119), eviterà al dipendente di dover provvedere, entro i due giorni lavorativi successivi all'inizio della malattia, all'invio della relativa attestazione tramite a/r, ovvero facendola recapitare a mano.

Rimane comunque immutato l'obbligo per il lavoratore di segnalare all'amministrazione in maniera tempestiva, cioè all'inizio della giornata di lavoro in cui si verifica la malattia, la propria assenza e, contestualmente, l'indirizzo di reperibilità qualora diverso dalla residenza o dal domicilio abituale, per i successivi controlli fiscali.

L'amministrazione sarà tenuta a disporre il controllo in ordine alla effettiva sussistenza della malattia del dipendente in ogni caso, anche se la richiesta è per un solo giorno, tenuto conto delle contingenti esigenze funzionali ed organizzative dei medici preposti alla visita fiscale. Contingenze legate, ad esempio, a particolari periodi stagionali – pensiamo a quelli coincidenti con i picchi influenzali, magari nelle grandi aree metropolitane – in cui potranno essere richieste decine di visite fiscali al giorno che, ovviamente, non potranno essere tutte ugualmente evase.

Si ritiene utile ricordare come la fascia di reperibilità sia, attualmente dalle 9,00 alle 13,00 e dalle 15,00 alle 18,00, tutti i giorni, lavorativi e festivi compresi (d.m. 18.12.2009, n. 206).

Non sussiste l'obbligo della reperibilità:

- per le assenze eziologicamente riconducibili a patologie gravi che richiedano terapie salvavita;
- nel caso di infortuni sul lavoro;
- nel caso in cui la malattia sia stata riconosciuta per causa di servizio;
- nel caso in cui lo stato patologico sia riconducibile allo stato di invalidità riconosciuta.

E' importante sottolineare come in questi casi il datore di lavoro debba rendere edotto il proprio dipendente che il medico che rilascia il certificato dovrà indicare, oltre alla prognosi, la riconducibilità della malattia ad una delle situazioni appena elencate, senza che debba essere indicata, per ovvie ragioni di privacy, quale sia la diagnosi.

Naturalmente l'amministrazione dovrà essere in possesso della documentazione formale relativa a quei dipendenti che rientrano nei casi di esclusione dall'obbligo della reperibilità.

Sono inoltre esclusi dall'obbligo della reperibilità, durante la fascia oraria, per i giorni successivi di malattia previsti nel certificato, i dipendenti che abbiano già ricevuto la visita fiscale per il medesimo evento patologico.

Nel caso invece di dipendente affetto da patologia depressiva, fermo restando l'obbligo per la amministrazione della visita fiscale, questi potrà allontanarsi dal proprio domicilio durante le fasce di reperibilità se produce una certificazione del proprio medico curante convenzionato Asl che attesti la situazione di incompatibilità della patologia con l'obbligo del rispetto delle fasce di reperibilità e giustifichi, quindi, la necessità di allontanarsi dal domicilio fiscale per ragioni terapeutiche (Cfr. parere Dfp 13.3.2009, n. 2).

Le difficoltà per la entrata a regime delle disposizioni sulla obbligatorietà della visita fiscale nei termini di cui si è discorso, risultano ulteriormente aggravate dagli effetti conseguenti alla recente sentenza della C. cost. 28.4.2010, n. 207 che ha dichiarato la illegittimità dei co. 5 *bis* e *ter* della l. 6.8.2008, n. 133. Dette norme disponevano che gli oneri per gli accertamenti medico-legali sui dipendenti assenti per malattia dovessero essere a carico delle Asl, e che, in sede di riparto delle risorse per il finanziamento del SSN, dovesse essere individuata una quota di finanziamento ripartita tra le regioni, per i giorni successivi indicati nel certificato. proporzionalmente al numero dei dipendenti pubblici presenti nei rispettivi territori.

Alla dichiarazione di illegittimità pronunciata dalla Consulta consegue che l'onere finanziario per gli accertamenti medico-legali ai dipendenti pubblici assenti per malattia non spetterebbe più alle regioni andando invece a gravare, in pratica, sulle stesse amministrazioni. Di guisa che, è lecito supporre, i tagli

alle spese e la riduzione del 10% delle spese dei Ministeri previsti dall'ultima manovra finanziaria non potranno che contribuire a determinare, appunto, un rallentamento (od anche uno stallo) della operatività della riforma per mancanza di copertura finanziaria.

«::::::::: GA :::::::::»

L. 13.8.2010, N. 136 RECANTE *"PIANO STRAORDINARIO CONTRO LE MAFIE"*. LA TRACCIABILITA' DEI FLUSSI FINANZIARI RELATIVI AGLI APPALTI E AI FINANZIAMENTI PUBBLICI

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Il conto dedicato e le disposizioni sanzionatorie. L'applicabilità dell'art. 3 ai rapporti pendenti alla data di entrata in vigore della legge.

La l. 13.8.2010, n. 136 (G.U. n. 196 del 23.8.2010), entrata in vigore il 7.9.2010, si pone in stretta continuità con la vigente legislazione in materia di normativa antimafia, per il contrasto alla criminalità organizzata.

La l. n. 136/2010 si inserisce in detto contesto e lo integra prevedendo, tra l'altro, la regolamentazione per rendere più incisivo il controllo degli appalti pubblici e la tracciabilità dei connessi flussi finanziari.

L'art. 3 della legge, infatti, introduce norme tese a garantire ed assicurare la tracciabilità della movimentazione finanziaria nelle procedure relative a lavori, servizi, forniture di carattere pubblico, nonché nella gestione dei finanziamenti pubblici anche europei, con esclusione radicale del ricorso al denaro contante.

Più precisamente, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici, anche europei, a qualsiasi titolo interessati a dette procedure e alla indicata gestione, sono adesso obbligati - salvo alcune eccezioni indicate nel co. 3 dell'articolo in commento di cui si parlerà oltre - ad utilizzare conti correnti bancari o postali, dedicati (anche non in via esclusiva e perciò riferibile a più contratti d'appalto) alle commesse pubbliche formalizzate non solo dalle amministrazioni pubbliche ma, si ritiene, anche da organismi di diritto pubblico, come ad esempio le società partecipate.

Detti conti correnti dovranno essere attivati esclusivamente presso Istituti di credito o presso la Società Poste Italiane Spa, con divieto di utilizzare altri intermediari finanziari.

La tracciabilità sarà pertanto garantita dal fatto che tutti i movimenti e i flussi finanziari dovranno essere registrati sui conti correnti dedicati e dovranno essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale nel quale, a tal uopo, dovrà essere indicato il codice unico del progetto (CUP) relativo all'investimento pubblico sottostante. Qualora il codice non fosse conosciuto, dovrà essere formalmente richiesto alla stazione appaltante (co. 5 dell'art. 3).

Così come dispone il co. 2 dell'art. 3, anche i pagamenti a dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali nonché l'acquisto di immobilizzazioni tecniche, dovranno essere obbligatoriamente eseguiti tramite conto dedicato per il totale dovuto, anche se non riferibile in via esclusiva alla realizzazione degli interventi relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche.

In altri termini, l'intero ammontare delle risorse della commessa pubblica che confluisce nel conto corrente dedicato dovrà essere utilizzato per il pagamento di dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi. Questo anche quando l'attività o i servizi forniti comprendano solo alcune prestazioni riferite alla commessa (Cfr. Alberto Barbiero, www.albertobarbiero.net). Pertanto, dal momento in cui il soggetto appaltatore, l'affidatario o il destinatario del finanziamento pagherà con le risorse del conto dedicato anche prestazioni rese dai dipendenti, dai consulenti e dai fornitori per attività non afferenti alle commesse pubbliche, dovrà successivamente reintegrare il conto dedicato, sempre mediante bonifico bancario o postale, utilizzando a tal fine un altro conto corrente acceso dall'azienda (co. 4).

E' da chiedersi se la lettera dell'art. 3 consenta di estendere anche agli avvocati, allor-

chè viene loro conferito il mandato a difendere in giudizio l'ente locale, l'obbligo del conto dedicato.

Ad avviso di chi scrive sembrerebbe possa rispondersi positivamente, in ragione del fatto che, come deciso con parere 14.1.2009, n. 7, reso dalla Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, il mandato alle liti conferito al legale (come al consulente tecnico di parte, esterno alla amministrazione) per rappresentare e difendere in giudizio l'ente locale non rientra nella categoria degli *"incarichi di collaborazione autonoma"*, regolata dall'art. 46 l. 133/08, trattandosi di affidamento di una attività non collocabile tra i compiti istituzionali dell'ente. Per ciò stesso, poiché l'affidamento di questa natura deve anch'esso avvenire a seguito di gara o comunque a mezzo di procedura selettiva inquadrabile nella categoria 21 *"servizi legali"*, contemplata nell'all. II B del codice dei contratti (d. lgs. n. 163/2006), è corretto ritenere che anche i professionisti, legali o consulenti tecnici di parte, debbano aprire un conto corrente dedicato per la tracciabilità dei propri compensi.

Come sopra anticipato, il co. 3 dell'art. 3 prevede due tipologie di movimenti finanziari che, per la loro natura, sono caratterizzati da una gestione differente rispetto alla disciplina generale della l. 136/2010.

La prima tipologia prevede che i pagamenti in favore degli enti previdenziali, assicurativi ed istituzionali, nonché quelli in favore di gestori e fornitori di pubblici servizi, ovvero quelli riguardanti tributi, possano essere eseguiti anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale, fermo restando l'obbligo di documentazione della spesa.

La seconda tipologia prevede che per le spese giornaliere di importo fino a € 500,00 inerenti agli interventi relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche, possano essere utilizzati sistemi diversi dal bonifico bancario o postale, fermo restando il divieto di impiego del contante e l'obbligo di documentazione della spesa (quindi con ricorso alla carta di credito o al bancomat).

Nei contratti relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al co. 1 dell'art. 3, la stazione appaltante deve inserire, a pena di nullità assoluta del contratto stesso stipulato con l'appaltatore, una apposita clausola con la quale l'appaltatore medesimo assume l'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla l. 136/2010. I predetti contratti, inoltre, devono essere muniti della clausola risolutiva espressa, da attivarsi in tutti i casi in cui le transazioni siano state eseguite senza avvalersi di banche o della Società Poste italiane (co. 8, art. 3).

Al fine di assicurare che l'intera catena dei rapporti contrattuali si conformi alla nuova regolamentazione legislativa in materia di tracciabilità, il co. 9 dell'art. 3 impone alla espressamente alla stazione appaltante l'obbligo di verificare che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti sia inserita, a pena di nullità assoluta, una apposita clausola con la quale ciascuno di essi (subappaltatori o subcontraenti, appunto) assume l'obbligo della tracciabilità dei flussi finanziari.

Nel momento in cui l'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente abbia notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria, deve procedere con la immediata risoluzione del contratto dandone contestuale informazione alla stazione appaltante e alla prefettura-ufficio territoriale competente. (co. 8, ultima parte).

Il quadro sanzionatorio per le violazioni degli obblighi in materia di tracciabilità, è disciplinato dall'art. 6 della l. 136/2010 che elenca le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie (da accertare e contestare ai sensi delle disposizioni indicate al co. 5 del medesimo articolo):

- dal 5 al 20% del valore della transazione a carico del soggetto inadempiente che non si sia avvalso, per i lavori, servizi, forniture e per le erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche, di banche o della società Poste italiane Spa, fatta salva la clausola risolutiva espressa;

- dal 2 al 10% del valore della transazione a carico del soggetto inadempiente qualora non venga utilizzato un conto corrente dedicato ovvero non sia utilizzato lo strumento del bonifico bancario o postale (la sanzione, pertanto, si estende anche a carico del funzionario pubblico che, ad esempio, esegua pagamenti senza bonifici). Stessa sanzione quando non

venga indicato il CUP di cui all'art. 3, co. 5;

- per le ipotesi del reintegro dei conti correnti di cui all'art. 3, co. 1, effettuato con modalità diverse dal bonifico bancario o postale viene prevista, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria dal 2 al 5% del valore di ciascun accredito;

- per l'omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli estremi identificativi ed informativi dei conti correnti dedicati, delle generalità e del codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi, è prevista la sanzione da € 500,00 a € 3.000,00.

La mancanza di una norma transitoria nell'articolato della l. 136/2010, pone il problema della portata applicativa dell'art. 3 e della sua eventuale retroattività.

In altri termini è da chiedersi se ai contratti di appalto e ai rapporti di finanziamento già sottoscritti al 7.9.2010 (data di entrata in vigore della l. 136/2010), si applichi o meno l'art. 3 della l. 136/2010.

Da ricordare che, con nota 13001/118/Gab del 9.7.2010, il M.ro dell'Interno ha chiarito che l'art. 3 sia applicabile ai soli contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge (7.9.2010).

Diversamente opinando e, peraltro, in assenza di una espressa previsione testuale, ci sarebbe una violazione delle disposizioni civilistiche in materia di autonomia negoziale, con conseguente potenziale e verosimile insorgere di contenziosi, causativi di danno sia per la PA sia per le imprese.

A tutt'oggi, comunque, la questione non è ancora stata risolta, nonostante il recente incontro del 27.9.2010 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, tra i tecnici dei Ministeri delle Infrastrutture, Economia, Interni, Giustizia e Sviluppo economico, unitamente a quelli della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la definizione dei termini di applicabilità della norma ai contratti sottoscritti prima del 7.9.2010

Da quanto è dato apprendere dalle notizie di stampa, la categoria delle Imprese e dei Costruttori e la stessa Confindustria hanno chiesto la sospensione temporanea, nelle forme di legge opportune e condivise, della applicazione delle norme sulla tracciabilità, onde consentire alle imprese medesime il necessario adeguamento gestionale e contabile.

Alla data di chiusura del presente redazionale sembrerebbe prossima la introduzione, tramite apposito decreto legge, di una moratoria di sei mesi. Qualora il Governo non fosse in grado di disporre la moratoria, sarebbe l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici a stabilire le linee guida.

«::::::::: GA :::::::::»

OBBLIGATORIETÀ DELL'ESPERIMENTO DELLE PROCEDURE DI MOBILITÀ PRIMA DELL'INDIZIONE DI PUBBLICI CONCORSI

dell'Avv. Domenico Tomassetti

Analisi dell'art.30 del d. lgs. n. 165/2001 alla luce della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'obbligo di esperire le procedure di mobilità prima dell'adozione di bandi di concorso

La questione dell'obbligatorietà o meno dell'esperimento delle procedure di mobilità volontaria prima dell'indizione di pubblici concorsi è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il dibattito traeva lo spunto dall'art. 30 del d. lgs. n.165/01 che, nella sua originaria formulazione, si limitava a prevedere che *"le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servi/io presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Il trasferimento è disposto previo consenso dell'amministrazione di appartenenza.. I contratti collettivi nazionali possono definire le procedure e i criteri generali per l'attuazione di quanto previsto dal co. 1"*.

E' chiaro che una siffatta disposizione normativa, soprattutto avuto riguardo alla locuzione *"le amministrazioni possono"*, consentiva un'interpretazione nel senso che le procedure di mobilità non fossero uno strumento privilegiato e obbligatorio per il reclutamento dei pubblici dipendenti.

In altri termini le pubbliche amministrazioni, ivi compresi gli enti locali in forza dell'art. 1, co. 2 del medesimo d. lgs. n.165/2001, sembravano avere a disposizione un potere di scelta discrezionale sulla effettuazione delle procedure di mobilità volontaria prima di indire i concorsi.

Il dato più significativo relativo al riconoscimento di una siffatta facoltà discrezionale è che l'indizione di un concorso, senza previo esperimento delle procedure di mobilità, non doveva essere motivato in maniera particolare, non configurandosi in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo.

Infatti la giurisprudenza amministrativa ha sempre affermato il principio che l'amministrazione era libera di scegliere tra le diverse modalità di copertura dei posti vacanti nella dotazione organica (concorso, scorrimento di graduatoria valida già esistente, mobilità volontaria), con un obbligo di motivazione generico sulla concreta scelta effettuata e non già sulle ragioni del mancato previo esperimento delle procedure di mobilità volontaria (Cfr., *ex plurimis*, TAR Sicilia, CT, III,. 23.2.2006, n.1692; CdS, V, 27.1.2006, n. 246).

In controtendenza si poneva, invece, l'intervento della C. cost. la quale, nella sentenza, n. 388 del 15.12.2004, ha affermato che nel nostro ordinamento sussiste un principio di prevalenza delle procedure di mobilità volontaria sulle procedure concorsuale, esprimendo un esempio di economicità, continuità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa reclutare personale già in servizio e dotato della adeguata professionalità senza ricorrere a onerose procedure selettive rivolte anche all'esterno. La Corte Costituzionale ha, altresì, affermato che la normativa sulla mobilità, afferendo al contenimento della spesa pubblica e alle modalità di reclutamento del personale, si applica direttamente alle regioni, oltre che agli enti locali, che possono adottare solo norme attuative (sull'applicabilità, ad esempio, dell'art. 30 al d. lgs. n. 165/2001 alla regione Lazio, cfr. CdS, V, 19.11.2009, ordd. n. 5765 e n. 5769).

L'affermato principio dell'obbligatorietà delle procedure di mobilità prima dell'adozione di onerose (per l'erario) procedure concorsuali rivolte anche a personale esterno ha indotto il legislatore - con il d.l. 31.1.2005, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 31.3. 2005, n. 43 - a seguire le indicazioni della Consulta introducendo il co. 2 *bis* al d. lgs. n. 165/2001 e stabilendo che *"le amministrazio-*

ni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al co. 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio. Il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza".

Nelle intenzioni del legislatore, perlomeno a decorrere dal 2005, la mobilità diviene uno strumento privilegiato per soddisfare il fabbisogno del personale nel settore pubblico.

A presidio di tale direttiva, la successiva l. n. 246/2005 ha modificato il co. 2 del medesimo art. 30 del d. lgs. n. 165 cit., prevedendo la non derogabilità da parte della contrattazione collettiva del principio di preventivo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale; altre recenti disposizioni di carattere finanziario (l. finanziaria 2007 e l. finanziaria 2008) hanno ribadito il principio secondo cui l'esperimento delle procedure di mobilità costituisce un obbligo preventivo rispetto alle procedure concorsuali, che possono essere legittimamente indette solo in caso dell'infruttuosità delle prime (Cfr., *ex plurimis*, TAR Campania, Na, V, 18.10.2006, n.8616).

Da ultimo il d. lgs. n. 150/2009 (c.d. legge Brunetta) ha rafforzato il carattere obbligatorio delle procedure di mobilità modificando ulteriormente il cit. art 30 d. lgs. n. 165/2001, attraverso l'imposizione, all'amministrazione che necessiti di reclutare personale, di un obbligo di pubblicità, nonché del rispetto di criteri di selezione e di valutazione dei candidati che la stessa amministrazione si deve dare: *"le amministrazioni devono in ogni caso rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta. Il trasferimento è disposto previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato sulla base della professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire".*

Orbene, è chiaro che dinanzi ad una siffatta evoluzione legislativa (ed, in vero, dinanzi allo stesso dato letterale del novellato art.30 d. lgs. n.165 cit.), non può che rinvenirsi, per le pubbliche amministrazioni con carenza di organico che intendano reperire risorse umane un vero e proprio obbligo che limita (se non azzera del tutto) il loro tradizionale potere discrezionale nella scelta delle modalità di reperimento del personale più confacenti all'interesse pubblico, sempre nell'alveo dei principi di cui agli artt. 97 e 98 cost..

Ne consegue la possibilità di affermare la sussistenza di un obbligo di esperire le procedure di mobilità prima di potere procedere - nell'ottica del contenimento della spesa pubblica nonché in ossequio ai principi di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa - all'emanazione di un bando di concorso rivolto anche a soggetti esterni alla PA.

D'altronde anche il principio di imparzialità ed economicità dell'agire amministrativo impone - dinanzi alla possibilità di dovere affrontare una costosa e lunga selezione concorsuale pubblica - di valutare favorevolmente anche l'interesse dei dipendenti in posizione di comando o distacco che intendano stabilizzarsi presso l'amministrazione in cui, con la dovuta ed accertata professionalità, prestano servizio (cfr. art.20, co. 2 *bis* del d. lgs. n. 165/2001 cit.).

Rimaneva solo il dubbio interpretativo circa la diretta applicabilità di tale normativa agli enti locali

Recentemente la giurisprudenza del Consiglio di Stato è approdata ad un orientamento abbastanza univoco, affermando che *"l'art. 30, co. 2 bis, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165 (introdotto dall'art. 5 del d.l. 31.1.2005, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 31.3.2005, n. 43), applicabile anche agli enti locali (rientranti, ai sensi dell'art. 1, co.2, nell'ambito delle disposizione del citato d. lgs. 30.3.2001, n. 165), è del tutto univoco nell'imporre alle pubbliche amministrazioni che devono coprire eventuali posti vacanti del proprio organico di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento delle procedure concorsuali"* (CdS,

V, 18.8.2010, n. 5830).

Sembrerebbe, dunque, affermarsi l'assenza di qualsiasi discrezionalità in capo all'amministrazione (e, al contrario, la presenza di un obbligo cogente) nell'utilizzare, per il reclutamento del personale, sempre e comunque, in primo luogo, le procedure di mobilità volontaria di cui al citato art. 30 (applicabili anche agli enti locali).

Tuttavia si deve segnalare la sussistenza anche di un orientamento giurisprudenziale che, pur affermando il carattere obbligatorio delle procedure di mobilità volontaria, ritiene comunque legittima l'indizione di un concorso senza il previo esperimento delle stesse, laddove l'amministrazione motivi puntualmente e specificamente sulle ragione per cui la cura in concreto dell'interesse pubblico ha reso necessario (o preferibile) prescindere dall'attuazione della mobilità e procedere direttamente ad emanare il bando concorsuale (Cfr.,TAR Sardegna, Ca, I, 22.12,2008, n. 2204).

Tale ultimo orientamento è sicuramente minoritario, ma non isolato.

Di talché si può affermare che, in casi eccezionali, il mancato previo esperimento delle procedure di mobilità possa considerarsi legittimo purché risulti rigorosamente assolto l'obbligo motivazionale con specifico, congruo e concreto riferimento alle ragioni che di fatto impediscono di esperire la mobilità rendendola eccessivamente onerosa o inutile ovvero in presenza di graduatorie concorsuali esistenti delle quali, nel bando, si è già previsto lo scorrimento in caso di carenze di organico determinatesi successivamente all'approvazione delle graduatorie.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

C. Conti, Sez. I, centrale d'appello, 3.9.2010, n. 503

Conferimento incarichi - valutazione effettività del danno - responsabilità per danno erariale - non sussiste.

La Corte dei Conti, nei giudizi di responsabilità, deve tenere conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento del convenuto (c.d. principio di effettività del danno erariale).

Il Procuratore regionale della Corte dei Conti per la Regione Toscana ha appellato la decisione di prime cure che non aveva ravvisato, in capo ad amministratori e segretari comunali, alcun danno causato all'ente locale a seguito del conferimento dell'incarico di responsabile dell'area organizzativa amministrativo finanziaria, a soggetto privo di idoneo titolo di studio. In buona sostanza il Procuratore regionale ha ritenuto la sentenza contraddittoria perché, pur avendo essa riconosciuto l'illegittimità del conferimento dell'incarico, ha comunque valutato positivamente l'attività svolta.

Parte appellante lamenta inoltre che la sentenza impugnata abbia erroneamente escluso il danno, in considerazione dei notevoli risultati gestionali realizzati con un aumento delle entrate correnti (da ricondurre invece, secondo l'appellante, all'aumento della riscossione delle sanzioni amministrative).

La sentenza d'appello, contrariamente all'assunto dell'appellante, ribadisce il principio che il danno non possa considerarsi *in re ipsa* in tutti i casi di illegittimo conferimento di incarichi, né può avere valore l'argomentazione secondo la quale l'illegittimo conferimento dell'incarico, per mancanza del titolo di studio, impedisce di poter ritenere comunque utili le prestazioni rese.

C. Conti, Sez. I, giurisdizionale centrale, 1.9.2010, n. 495

Comune - vendita immobile a prezzo inferiore a quello di mercato - sentenza di responsabilità - impugnazione procura - *"lievità"* della condanna inflitta - mancanza di elementi a dimostrazione del proprio assunto - rigetto dell'appello.

La Procura regionale sostiene che vi sia assoluta sproporzione fra il danno dedotto e le conclusioni cui il Giudice di prime cure è giunto. Sostiene che, sulla base del ragionamento seguito dal Collegio giudicante per l'individuazione della colpa grave, la valutazione della quota di danno sia errata, poco convincente e sostanzialmente assolutoria di una responsabilità amministrativa che emerge da una condotta gestoria determinatamente trasgressiva dei propri doveri da parte degli amministratori e del Tecnico comunale.

L'appello viene rigettato in quanto non aggiunge, in punto di dimostrazione del come si sono svolti i fatti di causa, alcun elemento nuovo che consenta di censurare le conclusioni a cui il Giudice di prime cure è pervenuto. Rimangono vaghi i riferimenti agli elementi di carattere finanziario che hanno caratterizzato l'iniziativa del comune; non risultano provate nella loro entità le poste che entrano in gioco nella quantificazione del danno; non risulta provato il maggior danno che l'Ente avrebbe sofferto, oltre quanto accertato in primo grado.

La Procura regionale, limitandosi solo a criticare nell'atto di appello il computo formulato dal Giudice di prima istanza e i riferimenti di carattere finanziario posti a sostegno della sentenza di primo grado, non ha assolto all'onere della prova posto a suo carico.

Un appello privo degli elementi probatori a sostegno del proprio assunto, non può pertanto essere accolto.

C. Conti, Sez. II, centrale d'appello, 25.8.2010, n. 342

Sindaco - mancata stipula rogito notarile per acquisto terreno - azione civile e condanna del comune al pagamento degli interessi e delle spese legali - nesso di causalità tra il danno contestato e il comportamento omissi-

vo del Sindaco - non sussiste.
La Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale regionale per la Liguria ha convenuto in giudizio il sindaco pro-tempore del Comune di (…), al pagamento in favore del predetto ente locale della somma di euro 7.713,66, oltre a rivalutazione monetaria, interessi legali e spese di giudizio. Ciò per avere arrecato danno alle finanze del Comune per somme corrisposte a titolo di interessi e spese legali, dopo contenzioso civile, ai proprietari di un terreno che il Comune si era impegnato ad acquistare, ma di cui il sindaco, appositamente incaricato, aveva omesso di stipulare il relativo atto notarile e di corrispondere il prezzo pattuito, per ritardo nella erogazione di un finanziamento regionale, malgrado l'immissione nel possesso del bene.
Il gravame ha permesso di accertare come il Sindaco non potesse stipulare l'atto, stante la iniziale condizione sospensiva posta dal Consiglio comunale in ordine alla concessione del previsto finanziamento regionale.
La seconda sezione giurisdizionale centrale ha così accolto il gravame del Sindaco avverso la decisione del Requirente, in quanto non sussiste alcun rapporto causale tra il comportamento assertivamente lesivo tenuto dal Sindaco e il danno per interessi e spese legali liquidate.
Una condanna emessa dal Giudice civile nei confronti di una amministrazione pubblica con conseguente riconoscimento di interessi e spese legali a favore della parte vittoriosa, non si traduce, sempre ed automaticamente, in danno erariale.
La Procura regionale della Corte dei Conti della Liguria ha erroneamente valutato le risultanze del giudizio civile che, in realtà, non hanno affatto ritenuto omissivo il comportamento del Sindaco relativamente al periodo in cui, nelle more della effettiva erogazione del finanziamento regionale, non si poteva procedere alla stipula dell'atto definitivo con il privato.

C.Conti, Puglia, 22.7.2010, n. 475
Pubblico impiego - dirigente provinciale - erogazione compensi aggiuntivi ad un proprio dipendente per attività comunque rientranti nei compiti ordinari del medesimo beneficiario - colpa grave.
E' stata riconosciuta la colpa grave in capo al Dirigente provinciale che ha liquidato compensi a personale dipendente per lo svolgimento di attività rientranti nei compiti d'Istituto e quindi palesemente riconducibili ai compiti ordinari del dipendente pubblico beneficiario. Ciò in assenza di alcun presupposto normativo, regolamentare e/o contrattuale e in contrasto col principio di omnicomprensività del trattamento economico dei pubblici dipendenti.
Viene altresì violato l'art. 37 del Regolamento dell'ordinamento dei Servizi della Provincia che rimette alla esclusiva competenza del Presidente della Provincia il conferimento di incarichi non compresi nei compiti e doveri d'ufficio, assegnando al Dirigente esclusivamente la formulazione della relativa proposta al Presidente della Provincia

C. Conti, Campania, 13.8.2010, n. 1494
Comune - società partecipate dalla PA - omessa disdetta contratto locazione - responsabilità per conseguenze mancato aggiornamento del canone - danno erariale. Competenza della Corte dei Conti - sussiste.
Il mancato inoltro delle disdette dei termini previsti dalla legge è idoneo a determinare un danno patrimoniale. Ciò avrebbe evitato la tacita riconduzione di contratti di locazione (comunque vietata) e, in ogni caso, avrebbe consentito all'Amministrazione di beneficiare di un sensibile aumento del canone di locazione. La PA ha perduto la possibilità di beneficiare di una chance favorevole e la cessazione della locazione avrebbe determinato un incremento di valore dell'immobile pubblico nella procedura di vendita in quanto giuridicamente "libero" (non locato).
Per radicare la giurisdizione della Corte dei Conti, non deve più esservi riguardo alla qualità del soggetto che gestisce il denaro pubblico (che può essere anche un privato o un ente pubblico)bensì alla natura del denaro e degli scopi perseguiti. Ciò in considerazione della maggiore frequenza con cui viene affidata a soggetti privati la realizzazione di finalità un tempo ritenuta di pertinenza esclusiva degli organi pubblici.
L'affidamento da parte di un ente pubblico, ad un soggetto esterno da esso controllato, della gestione del servizio pubblico integra una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del servizio medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della corte dei conti per danno erariale a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il

quale si sia costituito ed attuato il rapporto, anche se l'estraneo venga investito solo di fatto dallo svolgimento di una data attività in favore della PA ed anche se difetti di una gestione del denaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo procedure di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto.

C. Conti, Lazio, 17.8.2010, n. 1645

Mancata riscossione canone enfiteuta - responsabilità dirigenti comune - sussiste.

Ai dirigenti dell'Ufficio urbanistica del Comune è attribuito il potere-dovere di vigilare sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la corrispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici e alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitative.

Trattasi di potere che, nella vigenza del dpr n. 280/2001 (T.U. dell'edilizia), è stato trasferito dal Sindaco ai dirigenti o, comunque, ai responsabili del competente Ufficio comunale.

Nel caso di specie, i dirigenti hanno omesso di attivarsi affinchè, sull'area di uso civico sulla quale insistevano un immobile realizzato abusivamente nonché una strada carrabile con cancelli abusivi oggetto di procedure di demolizione e di ripristino, si procedesse all'applicazione del relativo canone di natura enfiteuta come disposto dall'art. 10 l. 1766/127.

La sentenza sottolinea, tra gli altri, che non può costituire esimente la circostanza che l'Ufficio urbanistica non avesse la competenza specifica per l'applicazione del canone. Detto Ufficio aveva comunque il compito di vigilare sull'attività urbanistico-edilizia del territorio comunale di guisa che, anche se all'Ufficio urbanistica non competeva la riscossione dei canoni, le dirigenti avevano l'obbligo (omesso) di comunicare ai competenti organi del Comune quanto fosse risultato dagli accertamenti connessi all'attività cui l'Ufficio urbanistica è preposto. E' interessante sottolineare, infine, come priva di pregio è risultata l'eccezione difensiva secondo cui il diritto ai canoni enfiteutici - per i periodi riferiti all'operato delle dirigenti - non si fosse ancora prescritto (5 anni, *ex* art. 2947 c.c.), atteso come è sufficiente che il danno, per essere rilevante ai fini dell'azione di responsabilità, debba essere certo, attuale ed effettivo, anche se non definitivo.

C. Conti, Lazio, 9.8.2010, n. 1604

Comune - consulenza legale ed amministrativa - affidamento a professionista esterno nonostante la presenza di idonee risorse interne - genericità e continuatività del conferimento - illiceità - colpa grave.

Le norme che regolano il ricorso a consulenze esterne da parte degli enti locali sono sufficientemente chiare e precise.

La finalità perseguita dalle norme è quella di evitare che per le attività rientranti nei compiti ordinari dell'ente si crei una struttura parallela a quella del personale in organico.

Peraltro la consulenza esterna è consentita soltanto "per obiettivi determinati", con esclusione di rapporti continuativi e stabili.

Nel caso di specie, buona parte delle attività indicate nell'atto di convenzione con il professionista esterno potevano essere svolte dal segretario comunale e dallo stesso ufficio legale presente nel comune ai quali, peraltro, l'atto di convenzione oggetto del giudizio demandava l'incarico di assicurare importanti funzioni di direzione, coordinamento, impulso, controllo dell'attiività amministrativa dell'ente.

A nulla è valso il fatto che nell'organico non ci fosse un avvocato abilitato né che questi abbia applicato delle tariffe particolarmente contenute.

Non è espressione di buona amministrazione quando si affidi ad un avvocato esterno una attività di consulenza estremamente generica, che prescinda da specifici settori di intervento e assuma carattere continuativo. A maggior ragione quando è poi ordinariamente lo stesso legale ad essere chiamato a svolgere l'attività giudiziale (e stragiudiziale) del comune con compensi ulteriori rispetto, appunto, a quelli di consulenza.

Hanno agito con colpa grave e non scusabile leggerezza i componenti della giunta municipale che inizialmente adottarono la convenzione e, successivamente, della dirigente che ebbe a confermare l'incarico.

Consiglio di Stato, V 18.8.2010, n. 5830

L'art. 30, co. 2 bis*, del d. lgs 30.3.2001, n. 165 (introdotto dall'art. 5 del d.l. 31.1.2005, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 31.3.2005, n. 43), applicabile anche agli enti locali (rientranti, ai sensi dell'art. 1, co. 2, nell'ambito delle disposizione del citato d. lgs. 30.3.2001, n. 165), è del tutto univoco nell'imporre alle pubbliche amministrazioni che devono coprire*

eventuali posti vacanti del proprio organico di avviare le procedure di mobilità prima di procedere all'espletamento delle procedure concorsuali.
E' pertanto illegittima la delibera con la quale un comune ha indetto una procedura concorsuale (nella specie per la copertura di un posto funzionario amministrativo - cat. D3 posizione economica D/3), senza avere preventivamente proceduto a rendere pubbliche le disponibilità in organico, per consentire agli interessati la presentazione di eventuali domande di trasferimento.

«::::::::: GA :::::::::»

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

CIRCOLARE N. 49/E DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE: ESECUZIONE DEI RIMBORSI DOVUTI PER EFFETTO DI SENTENZE NEI GIUDIZI TRIBUTARI

1. Premessa.

Nel sistema tributario le disposizioni in tema di esecuzione delle sentenze emesse nei giudizi tributari assolvono alla funzione primaria di presidiare, da un lato, l'effettività dell'ob-,bligazione tributaria e, dall'altro, l'integrità patrimoniale del contribuente. In capo agli Uffici sussiste, infatti, l'obbligo di dare sistematica e puntuale esecuzione alle sentenze indipendentemente dal contenuto delle stesse, siano esse favorevoli o sfavorevoli all'amministrazione finanziaria.

Così come devono provvedere al recupero delle somme stabilite in sentenza, con pari tempestività, gli Uffici sono tenuti ad effettuare i rimborsi che, in base a pronunce giurisdizionali, spettano ai contribuenti.

Con la presente circolare si intende riproporre all'attenzione degli Uffici le disposizioni disciplinanti l'esecuzione delle sentenze che dispongono, anche indirettamente, l'erogazione di un rimborso a favore del contribuente.

In via preliminare si osserva che le menzionate norme riconoscono alle sentenze in esame un trattamento differenziato in ragione del tipo di controversia oggetto di decisione.

La differenza emerge nettamente dall'esame comparato degli artt. 68, co. 2, e 69 del d. lgs. 31.12.1992, n. 546.

Il citato art. 68, co. 2 prevede che:"Se il ricorso viene accolto, il tributo corrisposto in eccedenza rispetto a quanto statuito dalla sentenza della commissione tributaria provinciale, con i relativi interessi previsti dalle leggi fiscali, deve essere rimborsato d'ufficio entro novanta giorni dalla notificazione della sentenza".

Il trascritto comma trova applicazione con riguardo a controversie relative ad:

- *avvisi di accertamento;*
- *avvisi di liquidazione (in particolare, per imposta di registro ed altri tributi indiretti diversi dall'IVA);*
- *provvedimenti che irrogano le sanzioni;*
- *iscrizioni a ruolo (in particolare, conseguenti ad attività di liquidazione ex arti. 36-bis del d.P.R. 29.9.1973, n. 600, ed art. 54-bis del d.P.R. 26.10.1972, n. 633, nonché a controllo formale ex art. 36-ter del d.P.R. 600 del 1973).*

Di contro, l'art. 69 prevede che: "Se la commissione condanna l'ufficio del Ministero delle finanze o l'ente locale o il concessionario del servizio di riscossione al pagamento di somme, comprese le spese di giudizio liquidate ai sensi dell'art. 15 e la relativa sentenza è passata in giudicato, la segreteria ne rilascia copia spedita in forma esecutiva a norma dell'art. 475 del c.p.c., applicando per le spese l'art. 25, co. 2".

La disposizione appena trascritta riguarda esclusivamente le controversie in tema di opposizione alla restituzione di somme pagate spontaneamente e consente ai contribuenti di mettere in esecuzione le sentenze che condannano l'amministrazione al pagamento delle predette somme soltanto se le stesse si siano rese definitive.

Il disposto del richiamato art. 69, in sintesi, si applica esclusivamente con riguardo ai giudizi concernenti il diniego espresso o tacito alla restituzione di tributi e relativi accessori pagati spontaneamente, ossia non in conseguenza della notifica di atti autonomamente impugnabili.
E' appena il caso di precisare che tanto i rimborsi da effettuare ai sensi dell'art. 68, co. 2, che quelli spettanti ai sensi dell'art. 69 del d. lgs. n. 546 del 1992, in quanto derivanti da provvedimenti dell'Autorità giudiziaria, dovranno essere eseguiti in via prioritaria rispetto ad altre tipologie di rimborsi spettanti ai contribuenti a diverso titolo.

2. Rimborsi dovuti ai sensi dell' art. 68 del d. lgs. n. 546 del 1992.

2.1. Tempestiva esecuzione dei rimborsi.
L'art. 68, co. 2, del d. lgs. n. 546 del 1992 prevede che il rimborso deve essere effettuato "... d'ufficio entro novanta giorni dalla notificazione della sentenza. Al riguardo si evidenzia che per dare esecuzione ai provvedimenti giudiziari e, in particolare, per procedere ai rimborsi ai sensi dell'art. 68, co. 2, del d. lgs. 31.12.1992, n. 546, non occorre attendere la notifica della sentenza favorevole al contribuente né alcuna specifica richiesta o sollecito. Invero, le strutture addette alla gestione del contenzioso possono e debbono restituire le somme versate in eccedenza subito dopo la comunicazione del dispositivo della sentenza da parte della Segreteria della Commissione tributaria, purché lo stesso contenga tutti gli elementi necessari alla determinazione dell'importo da rimborsare.
Si invitano, pertanto, le competenti strutture territoriali a provvedere (anche prima della scadenza del termine previsto dalla legge) alla esecuzione dei rimborsi in esame, tutte le volte in cui abbiano conoscenza certa, anche se informale, di una pronuncia favorevole al contribuente, senza attendere la notifica della sentenza.
Trattandosi di rimborso derivante da sentenza, l'Ufficio vi provvede senza attendere alcuna richiesta o sollecitazione da parte del contribuente.

2.2 Decisioni delle Commissioni tributarie regionali e della Commissione tributaria centrale.
Benché l'obbligo di eseguire i rimborsi sia riferito dal citato art. 68, co. 2, del d. lgs. n. 546 del 1992, alle sentenze delle Commissioni tributarie provinciali, in base ad un'interpretazione logico sistematica della norma in esame, deve ritenersi che gli Uffici siano parimenti obbligati a dare esecuzione anche alle sentenze favorevoli al contribuente emesse dalle Commissioni tributarie regionali.
Il menzionato art. 68 trova applicazione anche per le sentenze della Commissione tributaria centrale, come confermato dall'art.3, co. 2, del d.l. 25.3.2010, n. 40, convertito, con modificazioni, dalla l. 22.5.2010, n. 73. Anche in base alle pronunce della Commissione tributaria centrale, pertanto, occorre procedere al rimborso delle somme spettanti.

3. Rimborsi dovuti ai sensi dell'art. 69 del d. lgs. n. 546 del 1992.
Come anticipato, il disposto dell'art. 68 riguarda le controversie relative ad atti impositivi, di liquidazione, di irrogazione sanzioni e di riscossione.
Lo stesso non trova applicazione, invece, per le controversie concernenti il diniego espresso o tacito alla restituzione di tributi e relativi accessori pagati spontaneamente.
A queste ultime si applica, invero, l'art. 69 del d. lgs. n. 546 del 1992, che obbliga l'amministrazione ad effettuare il rimborso soltanto in esecuzione di sentenze passate in giudicato.
Qualora la Direzione provinciale o regionale abbia riconosciuto, in pendenza di causa, la spettanza del rimborso deve di conseguenza provvedervi sollecitamente, con conseguente abbandono del contenzioso in ogni stato e grado del giudizio, anche in assenza di sentenza.
Occorre quindi che la Direzione parte in giudizio si attivi prontamente per l'erogazione del rimborso in tutte le ipotesi in cui ne abbia riconosciuto la spettanza in corso di giudizio ed, in particolare, in caso di acquiescenza a sentenza favorevole al contribuente, al fine sia di evitare giudizi di ottemperanza o procedure di esecuzione forzata della sentenza sia di ridurre gli oneri per interessi.

Anche all'erogazione dei rimborsi riconosciuti con decisioni passate in giudicato, le competenti Direzioni devono procedere in via prioritaria e con ogni sollecitudine, senza attendere eventuali legittime azioni del contribuente che comporterebbero un aggravio di lavoro e di spese a carico degli Uffici.
Le Direzioni regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente circolare vengano puntualmente osservati dalle Direzioni provinciali e dagli Uffici dipendenti.
IL DIRETTORE DELL'AGENZIA

«::::::::: GA :::::::::»

RISOLUZIONE AGENZIA DELLE ENTRATE N. 90/E 2010: L'IVA OVER 15 MILA PER GLI ENTI LOCALI COMPENSABILE SENZA VISTO

l'Agenzia delle Entrate, con risoluzione n. 90/e del 17/09/2010, ha stabilito che le dichiarazioni degli enti locali, dalle quali emerge un credito iva superiore ai 15.000 euro, non necessitano del visto di conformità ai fini della compensazione di tale credito, in quanto sottoscritte dal collegio dei revisori.

«::::::::: GA :::::::::»

I COMUNI CHE APPLICANO ANCORA LA TARSU DEVONO COPRIRE TUTTI I COSTI DELLA CD. IMMONDIZIA DOMESTICA. ENTRO IL 30.11.2010, IL COMUNE, SE C'È SQUILIBRIO, PUÒ DELIBERARE L'AUMENTO DELLE TARIFFE

Conclusivamente, la Sezione esprime avviso che: a. per i Comuni che continuano ad applicare la TARSU quale regime di prelievo relativo al servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti solidi urbani ricorra ormai, essendo quello in corso teoricamente l'ultimo anno di applicazione della tassa, l'obbligo di assicurare con il gettito la copertura integrale dei costi di esercizio del servizio di gestione dei rifiuti urbani interni; b. qualora l'Ente locale non vi abbia provveduto nel bilancio di previsione 2010 può procedere, entro il 30 novembre, a deliberare in aumento le tariffe nel caso in cui il controllo della gestione evidenzi uno squilibrio nel rapporto tra spese impegnate ed entrate accertate (Corte Conti Lombardia 803/2010).

«::::::::: GA :::::::::»

CON D.M. DEL 10.12.2008, IL MEF HA IMPOSTO AI COMUNI DI TRASMETTERE I DATI RELATIVI AI VERSAMENTI SE HANNO PREVISTO MODALITÀ AGGIUNTIVE RISPETTO AL PAGAMENTO MEDIANTE BOLLETTINO DI CONTO CORRENTE POSTALE

1. I comuni che, ai sensi dell'art. 52 del d. lgs. n. 446 del 1997, hanno previsto modalità di pagamento dell'ICI e dell'ISCOP aggiuntive rispetto al pagamento mediante bollettino di conto corrente postale o al versamento unitario di cui al d. lgs. n. 241 del 1997, devono trasmettere, entro il 31 ottobre dell'anno di riferimento, i dati relativi ai versamenti eseguiti secondo tali modalità ed effettuati fino al 31 luglio dello stesso anno ed entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello di riferimento i dati relativi ai versamenti effettuati entro il 31 gennaio dello stesso anno.
2. I comuni per i quali Poste Italiane S.p.A. non provvede alla rendicontazione dei bollettini di conto corrente postale, trasmettono i dati relativi ai versamenti con le caratteristiche e le modalità di cui all'art. 1 del presente decreto ed i tempi di cui al precedente co. 1.

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

I PRODOTTI DERIVATI NELL'ESPERIENZA DEGLI ENTI LOCALI A RISCHIO DI DANNI ERARIALI

dei Dott.ri Michele Scognamiglio e Paolo Baroni

La problematica dei prodotti derivati- Swap

Premessa.

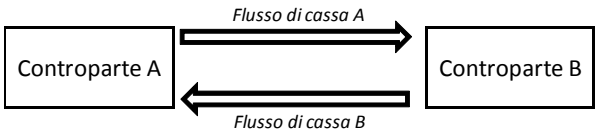
I derivati sono strumenti finanziari assunti agli effetti dell'art. 41 della l. n. 448/2001 e contenuti per un anno dalle limitazioni dell'art. 62 della l. n. 133/2008 , e allo stato il cui valore dipende da una variabile, detta sottostante, solitamente quotata sul mercato. Questi contratti hanno avuto forte impulso negli anni Settanta per assecondare esigenze specifiche di imprese, banche e pubbliche amministrazioni (di seguito PA).

Per comprendere il funzionamento di questi prodotti si pensi ad un'impresa agricola che investe lavoro e denaro nella produzione di grano. Per questa azienda il prezzo finale di vendita della produzione è una fonte di rischio, pertanto può decidere di entrare in un contratto *'a termine'* attraverso il quale una controparte si impegna a comprare, in una data futura, un certo quantitativo di grano ad un prezzo prefissato. E' facile capire come, dal lato del produttore, questo contratto contribuisca a diminuire le fonti di incertezza del proprio business, condizione che d'altro canto comporta la rinuncia ad eventuali extraprofitti derivanti da un rialzo improvviso del prezzo del grano in prossimità della data di consegna. Il contratto stipulato dal produttore di grano si chiama *"future"* ed è uno dei derivati più semplici e diffusi sul mercato.

L'esempio proposto, volutamente semplice, mostra il funzionamento di uno dei molti strumenti derivati disponibili, ed evidenzia che tali strumenti hanno, dal punto di vista di imprese e PA, la precisa funzione di migliorare complessivamente il loro profilo di rischio.

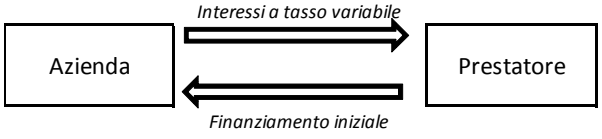
Tra i vari strumenti derivati abitualmente scambiati su mercati regolamentati e OTC vi è una categoria che riveste una certa importanza nell'attuale situazione finanziaria delle PA italiane. E' la categoria dei contratti derivati *'swap'*.

Uno swap è un contratto attraverso il quale due controparti si impegnano a scambiarsi, a intervalli regolari, flussi di cassa diversi in natura ovvero dipendenti da fattori esterni diversi (vedi grafico successivo).



Per chiarire il funzionamento dello swap, anche in questo caso è opportuno avvalersi di un semplice esempio.

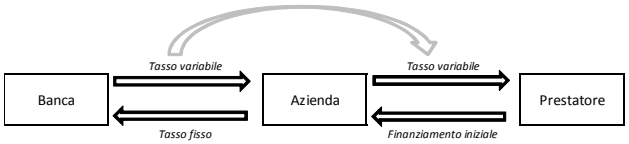
Si pensi ad un'azienda che, supponendo di avere dei profitti legati all'andamento del ciclo economico, decida di finanziarsi attraverso un debito a tasso variabile (come schematizzato nel grafico successivo).



Si supponga che durante la vita del suddetto finanziamento cambino le condizioni del *business* dell'azienda che, a questo punto, ritiene più probabile che i propri proventi futuri

siano indipendenti dall'andamento dell'economia.

L'incidenza di questo cambiamento comporta, in termini di corretta gestione dei rischi, un cambiamento della struttura debitoria che dovrà passare, a parità di altre condizioni, da variabile a fissa. L'azienda può decidere di chiudere il debito contratto ed aprirne uno nuovo a tasso fisso, ma è molto più semplice entrare in un contratto di swap attraverso il quale l'azienda riceve dalla controparte un tasso variabile (con il quale paga gli interessi del debito) e in cambio paga alla controparte un tasso fisso. In questo modo l'azienda ha trasformato l'esposizione a tasso variabile in un'esposizione a tasso fisso.



L'esempio proposto riguarda la tipologia più semplice di contratti di *swap* (detti *plain vanilla*). Ve ne sono molti altri tipi, legati ai cambi, all'inflazione, al differenziale tra tassi. Inoltre, la formula che determina i pagamenti reciproci tra le controparti può essere semplice, come nel caso proposto, o più complessa.

Gli *swap*.

Come appena menzionato gli *swap* sono contratti stipulati da due controparti con esigenze opposte: da un lato una banca; dall'altro una PA, un'impresa o un altro operatore.

Gli swap vengono definiti attraverso alcuni parametri:

- **Nominale o nozionale**. Si tratta dell'importo di riferimento sul quale vengono calcolati i cash flow scambiati. E' generalmente un parametro fisso ma in alcuni casi può seguire un piano di ammortamento. Quando uno *swap* viene stipulato per coprire l'esposizione derivata dalla presenza di un debito, il nominale equivale a quello del prestito stesso (o capitale residuo).
- **Up front**. Si tratta di un flusso di cassa scambiato alla stipula del contratto. In alcuni casi viene richiesto dal cliente per esigenze di bilancio, in altri casi si tratta del costo di smobilizzo (si vedrà meglio in seguito) di un contratto precedente. Occorre fare attenzione perché in questo secondo caso l'*up front* è solo *"virtuale"* cioè viene contabilizzato nel contratto un flusso di cassa che corrisponde al costo di chiusura di un contratto precedente ma effettivamente non viene pagato e, in sostanza, serve a riportare nel nuovo contratto il profitto maturato in contratti precedenti.
- **Durata**. E' la durata del contratto.
- **Scadenze periodiche**. Sono le scadenze o le date prefissate alle quali avvengono i reciproci pagamenti o alle quali vengono fissati i valori degli eventuali parametri variabili (ad esempio un tasso variabile).
- **Tasso parametro banca**. E' la formula o la struttura che definisce i pagamenti della banca al cliente.
- **Tasso parametro cliente**. E' la formula o la struttura che definisce i pagamenti del cliente alla banca.
- ***Fixing, day count conventions*.** Si tratta di cavilli di carattere prevalentemente tecnico che tuttavia incidono fortemente sulla valutazione complessiva di un contratto. Il *fixing* definisce sostanzialmente quanti giorni prima o dopo le scadenze periodiche vengono fissati i parametri variabili, mentre le convenzioni sul calcolo dei giorni definiscono il fattore moltiplicativo con il quale devono essere contabilizzati i pagamenti.
- **Varie.** Trattandosi di contratti non standardizzati esiste sempre la possibilità di porre clausole aggiuntive: ad esempio è frequente l'uso di formule che definiscono pagamenti aggiuntivi a scadenza.

Valutazione.

La valutazione di un contratto derivato, in questo caso uno swap, è generalmente complessa e richiede una buona conoscenza della modellistica relativa alle variabili che ne influenzano il valore, oltre che un'accurata stima dei parametri di mercato.

Nell'effettuare una perizia di un contratto sottoscritto da una PA o da un'impresa, occorre considerare alcuni aspetti fondamentali:

- **Adeguatezza** dello strumento rispetto ai reali bisogni del cliente. Se, ad esempio, un cliente mostra il bisogno di *"coprirsi"* da un eventuale rialzo dei tassi perché il proprio debito è indicizzato ad un tasso variabile allora lo swap deve essere un fisso-variabile, in grado di trasformare l'esposizione da variabile a fissa.
- **Profilazione** del cliente. Occorre stabilire con certezza qual è la conoscenza di questo tipo di strumenti da parte del cliente e qual è la sua capacità di comprenderne rischi e benefici.
- **Valutazione *"mark to market"***, che rappresenta il costo di **smobilizzo** della posizione rispetto alle variabili di mercato fotografate in un dato momento. Si ricorda che, al momento della stipula, un contratto di swap ha valore nullo per definizione: eventuali differenze corrispondono alle commissioni implicite che l'intermediario applica per la strutturazione dell'operazione.
- **Valutazione *"assoluta"*.** Dal momento che le PA e le aziende sono operatori con un accesso diretto al mercato molto limitato è necessario fornire, oltre alla valutazione "mark to market", una valutazione fondata su parametri statistici, che prefiguri l'andamento del valore del contratto nel tempo.
- **Analisi di scenario.** E' la valutazione dell'incidenza di movimenti delle variabili da cui dipende il contratto sul valore dello stesso.

Il complesso degli aspetti appena menzionati fornisce un quadro complessivo del contratto dal punto di vista del cliente (PA o impresa).

Gli *swap* in Italia – inefficienze e problemi riscontrati.

Negli ultimi dieci anni le banche hanno proposto e venduto moltissimi contratti di *swap* a PA e imprese italiane. La finalità di questi contratti talvolta è stata omessa mentre in altri casi è stato esplicitato il *"formale"* intento di coprire dei rischi specifici.

Alcune banche hanno svolto questa attività in modo più corretto ed altre meno, anche a causa della lentezza di recepimento della direttiva europea MiFid.

Da parte dei clienti,siano essi PA o imprese, su scala nazionale si sono riscontrate problematiche e perdite più o meno gravi.

Il primo elemento critico che emerge da un'analisi complessiva degli swap negoziati in Italia riguarda l'adeguatezza degli stessi rispetto alle esigenze dei clienti. Molto spesso si è riscontrato che i derivati formalmente negoziati al fine di coprire rischi specifici in realtà assolvevano per nulla o solo in parte a questa funzione. In queste circostanze un contratto derivato passa ad avere una finalità speculativa anziché di copertura, alla stregua di qualsiasi operazione borsistica tesa ad ottenere degli extraprofitti. E' facile immaginare che in questi casi la controparte più qualificata in materia, la banca, ha generalmente ottenuto dei profitti a scapito delle imprese e delle PA che, di conseguenza, hanno riscontrato perdite non riuscendo, tuttavia, a migliorare il proprio profilo di rischio.

Altro elemento critico importante è stato quello relativo alla **profilazione** del cliente, ovvero alla definizione delle sue reali capacità di comprendere rischi e benefici degli strumenti negoziati. Questo problema ha riguardato molti comuni di piccole dimensioni che si sono trovati a dover affrontare strutture derivate altamente complesse, e soprattutto altamente rischiose in caso di scenario negativo, senza comprenderne il significato e lo scopo.

Il problema della valorizzazione a mercato (***mark to market***) è stato un altro punto debole della rete di vendita. Queste valutazioni sono generalmente molto complesse e le banche, in alcuni casi, hanno sfruttato il gap di conoscenza in materia per applicare commissioni implicite molto alte. Come citato in precedenza un contratto di *swap* dovrebbe avere un valore nullo alla data di stipula, eventuali differenze a favore dell'intermediario sono accettate a titolo di commissione ma devono essere in linea con quanto offerto dal mercato, e soprattutto devono essere esplicitate al momento della stipula del contratto.

Oltre a quanto descritto è importante ricordare che l'intermediario, in questo tipo di rapporti, è sempre *calculation agent*, ovvero è colui che deve stabilire l'entità dei pagamenti ed anche il corretto costo di smobilizzo del contratto. Si tratta di una funzione molto im-

portante perché, trattandosi di contratti fuori mercato (OTC), il cliente non possiede riferimenti esterni per conoscere il valore della propria posizione, a meno di non avvalersi di un consulente. Pertanto l'unico referente in grado di informare il cliente è proprio l'intermediario con il quale ha sottoscritto il contratto. Purtroppo si sono verificate forti anomalie anche da questo punto di vista: gli istituti di piccole dimensioni, ad esempio, hanno svolto il ruolo di rete di vendita di questi strumenti appoggiandosi per la strutturazione e la copertura ad intermediari più grandi o più preparati. In tali circostanze spesso la controparte bancaria non è stata in grado di fornire adeguate valutazioni e stime del costo di smobilizzo delle posizioni.

Ulteriore elemento critico è stato quello relativo all'utilizzo dell'up front. Come già spiegato l'up front è un flusso di cassa che avviene alla data di stipula del contratto e di solito ha la finalità di fornire liquidità al cliente con decorrenza immediata. E'accaduto in molte circostanze che il cliente (PA o impresa), conosciuto il valore negativo del contratto sottoscritto, si sia rivolto alla controparte per chiudere lo swap e non incorrere in ulteriori perdite. L'intermediario in molti casi ha proposto di chiudere la posizione in essere e di aprirne un'altra (sempre di *swap*) senza far sostenere l'onere finanziario della chiusura. Posta in questi termini sembra un'iniziativa innocua, invece è accaduto che la perdita veniva contabilizzata a titolo di *up front* nel nuovo contratto senza che effettivamente venisse versata al cliente. In tal modo il nuovo swap alla data di stipula aveva un valore circa nullo solo a causa del fatto che esisteva un pagamento fittizio contabilizzato nel contratto ma non effettuato. Lo schema descritto in alcuni casi è stato ripetuto più e più volte generando perdite ingenti.

Cosa ci aspetta - rischi e opportunità.

Le considerazioni sopra esposte rendono possibili alcune riflessioni sia sul generale utilizzo degli strumenti derivati nel settore della PA sia sulla specifica congiuntura in atto.

Gli strumenti derivati, per loro natura e per le possibilità di utilizzo che offrono, contribuiscono a mitigare i rischi sostenuti dai sottoscrittori: se negoziati in modo corretto e trasparente, non espongono ad alcun rischio di truffa o speculazione a danno delle parti contraenti, al contrario di quanto appaia da una superficiale lettura delle recenti cronache italiane.

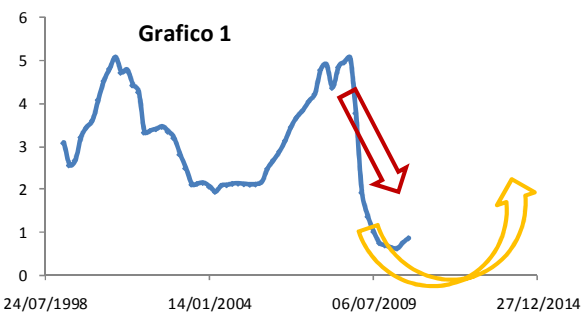
Ciò premesso, il primo e più importante elemento che occorre aver chiaro è lo scopo finale dello strumento proposto nell'ambito della struttura finanziaria del sottoscrittore. Si ricorda ancora una volta che per imprese e PA i derivati devono essere utilizzati solo a scopo di copertura di esposizioni che possono generare dei rischi e mai con fine speculativo**.** Al momento della negoziazione di un contratto occorre esser certi di poter dare risposta positiva ai seguenti quesiti:

- E' uno strumento che risponde alle esigenze del cliente?
- Ne migliora il profilo di rischio?
- Lo tutela dal verificarsi di eventi inattesi e potenzialmente dannosi - rialzo dei tassi, variazione del tasso di cambio *et coetera*-?

Nel dubbio, il consiglio è di rivolgersi sempre a consulenti indipendenti o società specializzate che seguano la negoziazione al fianco dei sottoscrittori: la consulenza offerta dagli intermediari bancari è infatti in evidente conflitto di interessi.

Per meglio far comprendere come una PA può comportarsi in presenza di contratti di questo tipo, di seguito sono proposti due esempi volutamente semplici ma che, dal punto di vista qualitativo, rappresentano molti dei casi incontrati.

Innanzitutto si consideri l'andamento del tasso Euribor a 3 mesi (Grafico 1) e l'attuale situazione (Grafico 2), come mostrato nei grafici successivi.



Esempio 1: esposizione iniziale a tasso variabile

Si consideri una PA che prima della stipula del contratto di *swap* aveva contratto un debito i cui interessi erano indicizzati al tasso Euribor a 3 mesi (o ad un tasso variabile in generale). La situazione è quella riportata di seguito:
In questo contesto, per la PA, un eventuale rialzo dei tassi rappresenta un rischio perché renderebbe più elevato l'onere del finanziamento pertanto può essere corretto l'utilizzo di uno swap fisso/variabile che neutralizzi il rischio di fluttuazione del livello dei tassi.

Si supponga ora che la PA, mal consigliata, entri in uno swap nel quale riceve fisso e paga variabile come riportato nel grafico successivo.

Dallo schema si nota facilmente che il *"rischio tasso"* non è stato coperto ma anzi è raddoppiato**.**

Fortunatamente per chi si trova nella situazione descritta, il livello del tasso variabile è repentinamente sceso negli ultimi trimestri pertanto sia il costo del debito sia il costo di smobilizzo dello swap si sono mossi a suo favore. Dal momento che un'eventuale ripresa dell'economia - e il conseguente rialzo dei tassi (vedi Grafici)- rappresentano per il sottoscrittore un rischio molto grande (doppio rispetto alla condizione iniziale), il consiglio in questo caso è di smobilizzare il derivato avvalendosi di una perizia indipendente ed eventualmente negoziarne uno nuovo più adeguato alle proprie esigenze.

Esempio 2: esposizione iniziale a tasso fisso

Si consideri una PA che prima della stipula del contratto di swap aveva contratto un debito a tasso fisso. La situazione è quella riportata di fianco:

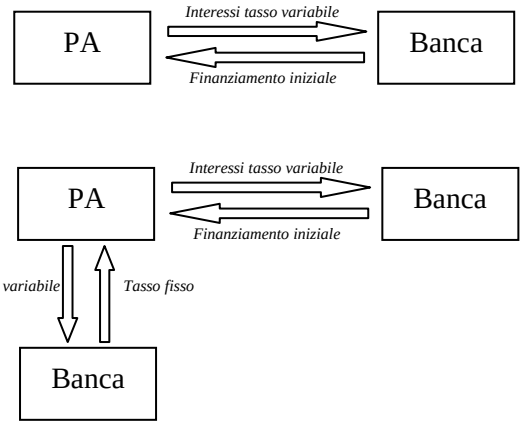
In questa situazione la PA non presenta la necessità di negoziare uno swap perché il costo del finanziamento è certo. In molti casi, tuttavia, questo non è accaduto e PA con queste caratteristiche hanno comunque deciso di entrare in uno swap.

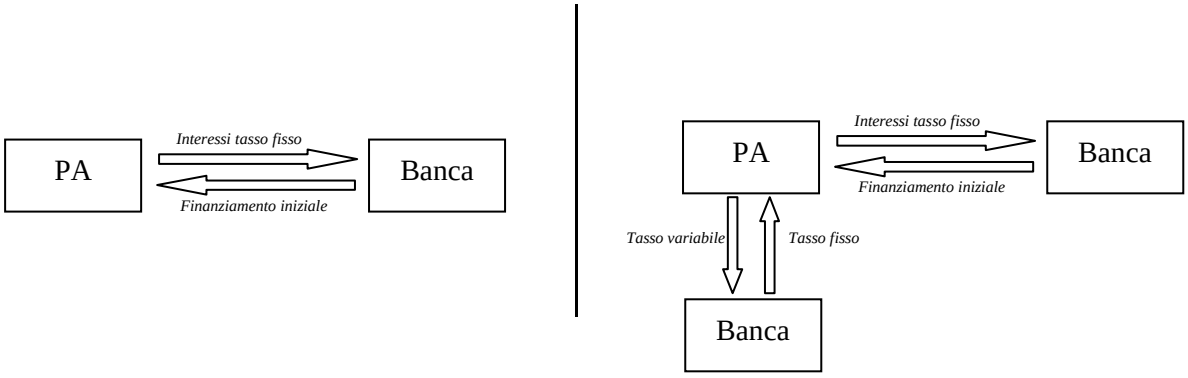
Si supponga nell'esempio che la PA, mal consigliata, entri in uno swap nel quale riceve fisso e paga variabile come riportato nel grafico di fianco.

Analizzando lo schema emerge chiaramente che la PA ha trasformato un'esposizione fissa in variabile pertanto è passata da una condizione di certezza degli oneri ad una di incertezza**.**
In questo caso, per le motivazioni già descritte nell'esempio precedente, il costo di smobilizzo dello swap si è mosso a favore della PA pertanto il consiglio è quello di sfruttare la situazione per chiudere la posizione avvalendosi di una consulenza indipendente che stimi correttamente il costo di smobilizzo e, solo successivamente, pensare di rinegoziare il debito valutando se esistono sul mercato delle condizioni più vantaggiose.

Nella medesima situazione, ma nel caso in cui lo swap sia stato costruito in maniera opposta (la PA riceve variabile e paga fisso) la situazione è altrettanto negativa. Il costo (fisso) raddoppia mentre il beneficio è legato all'andamento del tasso variabile che in questo momento è molto basso. Il contratto stipulato non presenta i requisiti di adeguatezza rispetto alle esigenze del cliente (la PA) e dovrebbe essere smobilizzato anche se (purtroppo) dovendo sostenere dei costi: una struttura di questo tipo, data la congiuntura in atto, è favorevole alla parte che riceve fisso rispetto a quella che riceve variabile.

Per concludere, la comprensione delle strutture derivate è generalmente molto più difficile rispetto a quelle proposte negli esempi e una corretta valutazione del costo di smobilizzo richiede un'approfondita conoscenza della materia nonché i requisiti di indipendenza che, certamente, l'intermediario con il quale è stato stipulato il contratto non possiede.




PA
Interessi tasso fisso
Finanziamento iniziale
Banca
PA
Interessi tasso fisso
Finanziamento iniziale
Banca
Tasso variabile
Tasso fisso
Banca

«:::::::::*GA*:::::::::»

L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI - *IN HOUSE* - IL REGOLAMENTO ATTUATIVO DELL'ART. 23 *BIS* DEL D.L.112/2000

del Dott. Michele Scognamiglio

A decorrere dal 4.8.2010 le società pubbliche e comunque gli enti locali e gli organismi di di diritto pubblico devono fronteggiarsi con le norme dettate dal regolamento attuativo dell'art. 23 bis della l. 133/2008

Il regolamento, si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, con esclusione dei seguenti servizi:

a) il servizio di distribuzione di gas naturale;

b) il servizio di distribuzione di energia elettrica;

c) il servizio di trasporto ferroviario regionale;

la gestione delle farmacie comunali;

e) la gestione del servizio idrico

Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, 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.

La delibera di preclusione è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento

La verifica della riserva dei servizi in economia e' effettuata dall'ente locale periodicamente, ed comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

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.

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;

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 tra l'altro che 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., e che siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

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.

Nella richiesta del parere 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.

L'effettivo rispetto delle condizioni in parola sono verificate 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.

Verifica del patto di stabilità interno - reclutamento di personale.

Al patto di stabilità interno sono assoggettati gli affidatari *"in house"* di servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 23 *bis*, coo. 3 e 4.

Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti concessionari al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

Le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti *in house* sono definite in sede di attuazione di quanto previsto dall'art. 2, co. 2, lett. h), della l. 5.5.2009, n. 42, in materia di bilancio consolidato.

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.

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.

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. 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. 34 e seguenti del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, e successive modificazioni.

Subentro nel contratto di gestione.

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, dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

Se, al momento della cessazione della gestione, i beni industriali 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.

L'importo in parola 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.

Tutela non giurisdizionale.

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.

La procedura conciliativa è avviata secondo lo schema-tipo di formulario all'allegato al regolamento.

«::::::::: GA :::::::::»

LA *"TASSA SULLO SCALO TURISTICO"*: ANCORA SU AIUTI DI STATO E AUTONOMIA TRIBUTARIA REGIONALE

della Dott.ssa Flora Cozzolino

Nota a margine della sentenza C. cost. 17.6.2010, n. 216

La Corte costituzionale nella sentenza del 17.6.2010, n. 216 pone fine alla complessa vicenda relativa alla legittimità delle c.d. *"tasse sul lusso"* a carico dei non residenti, istituite dalla l. reg. Sardegna 11.5.2006, n. 4.

All'inizio del 2006 il Governo aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine agli artt. 2, 3 e 4 della suddetta legge, che introducevano tre nuove imposte gravanti rispettivamente sulle plusvalenze derivanti dalla cessione dei fabbricati adibiti a seconde case, sul possesso delle seconde case ad uso turistico e sullo scalo degli aeromobili e delle unità da diporto, i cui destinatari erano soggetti aventi domicilio fiscale fuori dal territorio sardo.

È bene ricordare che la Corte costituzionale si era già espressa sul punto nel 2008, operando una separazione dei giudizi e accogliendo parte delle censure sollevate dalla ricorrente. Infatti, con sentenza 102/08 dichiarava l'illegittimità delle imposte sulle plusvalenze e sulle seconde case ad uso turistico, in quanto contrarie ai principi fondamentali del sistema tributario[1]; mentre con l'ordinanza 103/08 sospendeva il giudizio e sollevava questione pregiudiziale alla C. giust. CE, al fine di accertare la compatibilità dell'imposta sullo scalo degli aeromobili e delle unità da diporto (art. 4, l. reg. Sardegna 11.5.2006, n. 4) con la libera prestazione dei servizi (*ex* art. 49 TCE) e con il divieto degli aiuti di Stato (*ex* art. 87 TCE).

Dopo che la C. giust. CE si è pronunciata per la incompatibilità della normativa impugnata con gli artt. 49 e 87 TCE (del 17.11.09, causa C-169/08) la Corte costituzionale ha riaperto il giudizio relativo all'art. 4 della legge regionale sarda e, con la sentenza in commento, ha accolto in pieno l'interpretazione delle norme del Trattato fornita dalla Corte di giustizia e, di qui, ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni impugnate per contrasto con l'art. 117, co. 1, cost.

Questo *modus operandi* risulta particolarmente innovativo per il nostro ordinamento perché la Corte costituzionale, pur riservandosi per i giudizi in via principale la possibilità di adire la C. giust. CE[2], nella pratica non lo aveva mai fatto. Pertanto, tale rinvio pregiudiziale costituisce lo spunto per una rifles-

[1] Cfr. punti 6 e 7 del considerato in diritto.

[2] Sul punto è bene fare una distinzione tra i giudizi di legittimità costituzionale sollevati in via incidentale e tutti gli altri giudizi in cui la Corte costituzionale è chiamata ad esprimersi.
Nel primo caso, infatti, la Corte ha sostenuto con una certa costanza che essa non configura una *"giurisdizione nazionale"*, chiamata a sollevare questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 234 TCE, in quanto - a suo avviso - essa svolge essenzialmente una funzione di controllo costituzionale e di suprema garanzia dell'osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle regioni. Pertanto, secondo la giurisprudenza costituzionale, nei giudizi incidentali è il giudice *a quo* che, trovandosi ad applicare una disposizione normativa di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario, deve adire la Corte di giustizia.
In tutti gli altri casi – vale a dire nei giudizi di legittimità che, come quelli di cui alle decisioni nn. 102 e 103/08, sono in via principale, nonché nei conflitti di attribuzione e nei giudizi di ammissibilità dei *referendum* – la situazione invece è obiettivamente differente, poiché in questi casi, essendo la Corte costituzionale il *"giudice di unica istanza"*, essa rappresenta l'unico soggetto titolato a sollevare la questione pregiudiziale. Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto si veda per tutti M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, pp. 99 ss.

sione in merito ai rapporti tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento comunitario. Infatti, dalla circostanza che la Corte costituzionale abbia adito la Corte di giustizia, sembra che si possa scorgere un certo superamento dell'atteggiamento di *"chiusura"* verso il dialogo con i giudici di Lussemburgo, che tendenzialmente ha caratterizzato la nostra giurisprudenza costituzionale. A fronte di questo nuovo atteggiamento, pare che quel processo di compenetrazione tra i due ordinamenti giuridici, di cui si è tanto discusso in dottrina, abbia subito un'accelerazione e che la lettura in chiave dualistica dei rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario fornita dalla Consulta, in realtà, inizi ad essere messa in discussione[3].

Passando ora al merito della questione, il primo elemento che viene fuori è che la risoluzione della questione di legittimità costituzionale avviene tramite una riproduzione delle argomentazioni svolte dalla C. giust. CE nel caso C-169/08. Innanzitutto – nota il giudice italiano - la Corte di giustizia si esprime sulla compatibilità di un'imposta regionale sullo scalo degli aeromobili e le unità da diporto, gravante sulle sole imprese aventi domicilio fiscale fuori della regione, con la libertà di prestazione dei servizi. I giudici comunitari, dopo aver constatato che il fatto generatore dell'imposta costituisce un servizio, rilevano che la suddetta imposta introduce un costo supplementare per le operazioni di scalo di aeromobili e di imbarcazioni a carico dei soli operatori non residenti e, quindi, rende più onerosa la prestazione del servizio da parte di tale categoria di esercenti.

Ai fini di tale giudizio poco consistenti sono parse le argomentazioni, addotte dalla regione Sardegna innanzi al giudice comunitario per giustificare la restrizione introdotta alla libertà di cui all'art. 49 TCE, relative alla funzionalizzazione del tributo alla tutela dell'ambiente e della sanità pubblica. Infatti, rilevano i giudici comunitari, nonostante questi motivi di interesse generale – espressamente considerati anche dall'art. 46, par. 1, TCE - possano giustificare l'istituzione di un'imposta sugli scali turistici, essi non possono altresì giustificare discriminanti modalità di applicazione della imposta stessa. In altre parole, se la regione Sardegna può istituire un'imposta applicando il criterio *"chi inquina paga"*, essa non può coinvolgere nel ripristino delle risorse ambientali solo i non residenti. Ciò perché i residenti che esercitano lo stesso tipo di attività sono responsabili dell'inquinamento ambientale alla pari dei primi.

Nemmeno sono valsi i tentativi della regione di giustificare la restrizione alla libera prestazione di servizi con esigenze di coerenza fiscale. Infatti - ha specificato la Corte di giustizia - il fatto che, a differenza degli operatori con domicilio fiscale fuori dal territorio regionale, gli esercenti residenti paghino delle imposte generali sul reddito non può essere compensato dal non assoggettamento di detti residenti ad un nuovo tributo, che, come quello in esame, possiede una differente natura e differenti finalità.

Una volta chiarito che le disposizioni impugnate sono in contrasto con *"i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario"* relativamente alla libera prestazione dei servizi, la Corte costituzionale ritiene assorbiti i profili di illegittimità costituzionale relativi al divieto degli aiuti di Stato. Quindi, il giudice costituzionale non ha approfondito quanto statuito dalla Corte di giustizia sul punto.

In realtà, ad avviso di chi scrive, proprio le argomentazioni della Corte di giustizia in merito alla compatibilità di tale tributo con il di-

[3] Cfr. tra gli altri L. ANTONINI, *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 1312; S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 3-4/2008, pp. 898 ss.; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 2646; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2008, p. 7689; A. CELOTTO, *Crolla un altro baluardo*, in www.Giustamm.it; T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, in *www.associazionecostituzionalisti.it*; L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008*, in *Federalismi.it.*, 15/2008; I. SPIGNO, *La Corte costituzionale e la* vexata quaestio *del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2008; F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 1288.

vieto comunitario degli aiuti di Stato rappresentano un profilo di notevole interesse, considerato che esse introducono una nuova tessera nel *"mosaico normativo"* dei rapporti tra la fiscalità di vantaggio e il requisito della selettività degli interventi pubblici.

Procedendo quindi con ordine, prima di capire quali possano essere le implicazioni della sentenza in commento e della causa C-169/08, è bene analizzare quanto stabilito dai giudici comunitari in merito alla possibilità che l'istituzione, da parte della regione a statuto speciale, di un'imposta a carico delle sole imprese non residenti che svolgono una data attività costituisca un aiuto di Stato.

Lo studio della sentenza della C. giust. CE, però, necessita in via preliminare tre precisazioni.

Innanzitutto, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 87 TCE, l'aiuto di Stato si configura in presenza di quattro criteri cumulativi: provenienza pubblica dell'intervento, produzione di un vantaggio economico a favore del beneficiario, selettività del vantaggio, impatto sulla concorrenza. Nel caso in esame, essendo indiscussa la presenza del primo e del secondo requisito, l'attenzione della Corte di giustizia si concentra sulla dimostrazione della presenza di un vantaggio selettivo, di cui si tratterà qui di seguito, e la possibile distorsione della concorrenza da esso provocata.

In secondo luogo, è bene ricordare anche che, prevalentemente per motivi sistemici, la prassi comunitaria è solita distinguere tra *"selettività materiale"* (che si configura quando la misura pubblica eroga un vantaggio soggettivo, per certe categorie di imprese o per certi settori dell'economia) e *"selettività regionale"* (che si verifica quando la misura incriminata ponga in essere un beneficio applicato solo in una parte limitata del territorio nazionale)[4].

Infine, l'ultima precisazione riguarda specificamente la selettività regionale. Sul punto è bene ricordare che la recente giurisprudenza comunitaria ha precisato che la misura fiscale di vantaggio erogata da un ente sub-statale, anche se implica l'istituzione di un vantaggio per le sole imprese che operano nel territorio sul quale l'ente in questione esercita la sua potestà, può non risultare selettiva[5]. Ciò avviene perché – spiegano i giudici comunitari – se l'ente sub-statale è dotato di "autonomia istituzionale, procedurale e finanziaria", il contesto fiscale cui far riferimento per valutare la selettività della misura cambia e, dall'intero territorio statale, si riduce a quella porzione di territorio di competenza dell'ente sub-statale[6]. Pertanto, in base all'ordinamento comunitario una regione che possiede detti tre requisiti di autonomia è legittimata ad istituire tributi propri, pur se validi solo nel suo territorio.

A fronte di quanto premesso, è possibile ricavare dalla sentenza in commento e dalla sentenza della C. giust. CE C-169/08 due dati – uno relativo alla *"selettività regionale"* e l'altro alla *"selettività materiale"* – significativi ai fini della individuazione di una fiscalità di vantaggio comunitariamente compatibile, i quali risultano molto utili proprio in questo momento in cui l'attuazione del federalismo fiscale rientra decisamente tra le priorità programmatiche dell'indirizzo politico.

Per ciò che riguarda il primo punto, vale la pena notare che la Corte di giustizia non ha assolutamente indagato sulla sussistenza della *"selettività regionale"*, eventualmente configurata nell'applicazione dell'imposta solo nei porti del territorio sardo. Da ciò potremmo desumere che nel caso dei tributi italiani *"compiutamente regionali"* (ovvero *"direttamente istituiti e riscossi dalla regione"*[7]) la Corte di giustizia dia per scontata la presenza dei tre requisiti dell'autonomia, i quali invece nelle precedenti sentenze *Azzorre* e *UGT-Rioja* sono oggetto di indagati molto accurate.

[4] Cfr. *ex multis* Commissione europea, *Relazione sull'attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, 9.2.2004, C(2004)434, reperibile al sito Internet www.europa.eu.

[5] Cfr. C. giust. CE 6.9.2006, in C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, detta *Azzorre*, *Racc.* p. I-07115 e Id. 11.9.2008, cause riunite da C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e altri c. Juntas Generales del Territorio Históricos de Vizcaya e altri*, in *Racc.*, p. I-06747.

[6] Cfr. *Azzorre*, cit. punto 66 e *UGT-Rioja*, cit., punto 50.

[7] In questi termini A. FANTOZZI, *La sentenza della Corte di giustizia C-88/03 e il dibattito sul federalismo fiscale e sulla fiscalità di vantaggio in Italia*, in *astrid-online.it*.

Quanto appena osservato rileva in modo particolare per comprendere in quali termini la potestà legislativa regionale in materia tributaria, prevista dal nostro ordinamento, possa esplicarsi in conformità con il diritto comunitario. Difatti, nel caso delle regioni italiane, la configurabilità dei tre requisiti di autonomia non è dimostrabile in modo del tutto lineare. Relativamente ai requisiti di *"autonomia istituzionale"* e di *"autonomia procedurale"* le regioni italiane riescono a passare facilmente il test: per il primo aspetto, esse godono di uno statuto di autonomia e sono dotate di potestà legislativa in materia di tributi, mentre per il secondo, esse possono istituire dei tributi propri senza possibilità di intervento da parte del Governo centrale[8]. La questione relativa al requisito comunitario di *"autonomia finanziaria"* appare, invece, di più complessa risoluzione.

A tal proposito, è bene ricordare che nella nota sentenza *Azzorre*, il problema che si poneva era proprio quello del mancato superamento del test dell'autonomia finanziaria da parte dell'isola in questione. In tale causa, infatti, non era possibile dimostrare che la regione supportasse da sola le conseguenze della minore capacità contributiva provocata dal vantaggio fiscale da essa concesso. Ciò era accaduto perché nel sistema fiscale spagnolo vi era un fondo di solidarietà nazionale, il quale prevedeva dei trasferimenti statali finalizzati alla correzione delle disparità economiche derivanti dalla insularità della suddetta regione. Ebbene, tale vicenda assume rilievo perché anche l'ordinamento italiano prevede l'istituzione di fondi perequativi per i territori con minore capacità contributiva per abitante (*ex* art. 119, co. 3, cost.), cui dovrebbero concorrere anche le regioni ad autonomia speciale (l. 5.5.09, n. 42 recante *"Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione"*).

A causa delle analogie esistenti tra i due sistemi di perequazione, in dottrina c'è chi dubita che in Italia la realizzazione di un'eventuale fiscalità di vantaggio possa ottenere il crisma della compatibilità comunitaria[9]. Ciò non di meno, ad avviso di chi scrive, il sistema di autonomia finanziaria locale di tipo solidale esistente in Italia non può essere del tutto assimilato a quello spagnolo.

Invero, la questione che deve essere tenuta a mente è che, secondo la giurisprudenza comunitaria, l'assenza di autonomia finanziaria è presunta quando si dimostra l'esistenza di una compensazione diretta, con un nesso di causa ad effetto tra la misura fiscale contestata e il trasferimento di risorse statali[10]. Pertanto, se si considera che il fondo perequativo previsto dall'art. 119, co. 3, cost. dovrebbe essere *"senza vincolo di destinazione"*, non è detto che nell'ordinamento italiano tale connessione potrà essere dimostrata facilmente. Molto dipenderà dal modo in cui il Governo darà attuazione alla legge delega sul federalismo fiscale e da quanto questi terrà conto dell'indirizzo giurisprudenziale comunitario.

Per quanto riguarda il secondo insegnamento, invece, bisogna ricordare che la Corte di giustizia ha in definitiva dichiarato le tasse sarde contrarie alla disciplina degli aiuti di Stato. Ciò è accaduto perché la legittima potestà delle regioni speciali di istituire tributi propri incontra un limite in quella che abbiamo definito *"selettività materiale"*.

Va appunto considerato che la valutazione del carattere selettivo delle misure fiscali istituite da enti *sub*-statali, anche se viene effettuata in un ambito territoriale di riferimento più ristretto rispetto a quello utilizzato per le imposte statali, avviene accertando se tali misure garantiscono un vantaggio a talune imprese rispetto alle altre che si trovano in una

[8] Per il contenuto semantico di tali requisiti cfr. *Azzorre*, cit., punti 54-68 e *UGT-Rioja*, cit., punti 53-60.

[9] In tal senso si vedano P. ROSSI, *I labili confini della riduzione tributaria locale*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 settembre 2006; G. VEZZOSO, *Fiscalità di vantaggio e aiuti di Stato*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3/09, pp. 540 e ss. Di differente opinione, invece, risultano C. ANTONINI e M. BARBERO, *Dalla CGCE un'importante apertura della Corte di giustizia sulla fiscalità di vantaggio a favore delle imprese*, in *Riv. Dir. fin.*, 2006, p. 118; A. FANTOZZI, *La sentenza della Corte di giustizia C-88/03 e il dibattito sul federalismo fiscale e sulla fiscalità di vantaggio in Italia*, cit.; S. PEREZZALI, *Poteri regionali in materia di fiscalità di vantaggio: la Corte di Giustizia amplia i limiti. Osservazioni a sentenza 6.9.2006 (C-88-03)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[10] Cfr. *UGT-Rioja*, cit., punto 129.

analoga situazione fattuale e giuridica[11]. Alla luce di ciò, è inevitabile constatare che la struttura delle imposte sullo scalo di aeromobili e di imbarcazioni crea un irragionevole discriminazione tra soggetti che posseggono gli stessi requisiti di soggettività passiva, in quanto le imprese aventi domicilio fiscale fuori dal territorio regionale si trovano nella stessa situazione delle imprese insediate sul territorio. Di fatto, gli aeromobili e le imbarcazioni che fanno scalo in Sardegna inquinano sia che le imprese erogatrici del servizio siano non residenti, sia che esse risiedano nel territorio.

In definitiva è possibile concludere che, in base all'attuale *status* dell'autonomia finanziaria delle regioni italiane, la realizzazione di forme di fiscalità di vantaggio per il tramite di tributi propri supera il test di selettività regionale. Tuttavia le regioni ad autonomia speciale, come ogni altro ente pubblico, devono evitare di modulare il proprio tributo in modo mirato per determinati settori dell'economia o per specifici tipi di imprese (che, ad esempio, hanno una data forma giuridica, che appartengono ad un gruppo che svolga determinate funzioni, che abbiano certe dimensioni, che esportino i loro prodotti e via dicendo).

A fronte di quanto detto, si è invece registrata spesso la tendenza delle regioni italiane ad applicare in modo distorsivo tributi *in nuce* legittimi. Già in passato la regione siciliana aveva istituito un tributo, ovvero la famosa *"tassa sul tubo"*, che si traduceva in una sorta di dazio doganale e che, per tale motivo, fu dichiarato incompatibile con il diritto comunitario[12].

Il ripetersi di tali eventi è indubbiamente indicativo di una mancata metabolizzazione dei principi comunitari da parte dei legislatori regionali, alla quale converrebbe porre rimedio. In tal modo, invero, si potrebbe consentire alle regioni stesse di usufruire al meglio dello stretto *"alveo"* di autonomia finanziaria, il cui corso è modellato dai vincoli posti dall'ordinamento italiano e dall'ordinamento comunitario.

[11] Cfr. causa *Azzorre*, cit., p. I-07115, punto 54; C. giust. CE 8.11.2001, in C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, *Racc.* p. I-8365, punto 41; Id. 29 aprile 2004, causa C-308/01, *GIL Insurance e a*., *Racc.*, p. I-4777, punto 68, e Id. 3.3.2005, causa C-172/03, *Heiser*, *Racc.*, p. I-1627, punto 40.

[12] Si ricorda la legge *de qua* (l. reg. Sardegna 26 marzo 2002, n. 2) istituiva un tributo a carico dei proprietari di gasdotti ricadenti nel territorio siciliano ed esercenti attività di trasporto, distribuzione, vendita o acquisto del gas metano. Tale tributo, pur essendo finalizzato alla tutela dell'ambiente, si traduceva in un'imposta sul transito di una merce (il gas metano) e, quindi, violava la libertà di circolazione delle merci. Cfr. Corte di giustizia 21.6.2007, causa C-173/05, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-4917.

LEALE COLLABORAZIONE E FORMA DI STATO NELL'ATTUAZIONE DEL FEDERALISMO FISCALE

della Dott.ssa Fabrizia Covino

Un'analisi sulle modalità collaborative contenute nella l. 42/2009 recante "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione"

1. Dopo una lunga stasi durata quasi dieci anni, nonostante i ripetuti moniti della giurisprudenza costituzionale al legislatore tesi a delineare un compiuto modello di relazioni finanziarie tra centro e periferia (cfr. ad es. C. cost., sentt. 370/2003; 34/2004), si stanno muovendo i primi passi per dare compiuta attuazione all'art. 119 Cost.

Ad un anno dall'approvazione della l. 5.5.2009, n. 42 di attuazione dell'art. 119 in materia di federalismo fiscale, infatti, sono intervenute alcune novità normative rilevanti, quali l'approvazione del regolamento della Commissione parlamentare per il federalismo fiscale, l'adozione del d. lgs. n. 85/2010 sull'attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un loro patrimonio (c.d. federalismo demaniale), l'adozione dello schema di decreto legislativo concernente l'autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario, delle province in esse ubicate, e la determinazione dei costi e fabbisogni *standard* del settore sanitario. Atti normativi che si intrecciano e si completano con la l. n. 196/2009 sulla riforma della contabilità e finanza pubblica.

È opportuno oggi, alla luce di queste novità normative, compiere alcune riflessioni sullo stato di attuazione dell'art. 119 cost., che costituisce uno dei nodi fondamentali nel processo di valorizzazione del principio autonomistico delineato dal titolo V della costituzione.

L'aspetto delle relazioni intergovernative finanziarie su cui giova soffermarsi in questa sede attiene particolarmente agli elementi procedurali previsti per la definizione dei decreti legislativi e alla loro corrispondenza ai principi collaborativi delineati dalla l. n. 42[1].

L'analisi consente, infatti, di verificare il rendimento del modello cooperativo espresso dal Titolo V e dall'art. 119 Cost., alla cui attuazione la legge in questione è dichiaratamente rivolta, nella consapevolezza che l'azione di attuazione e interpretazione dell'art. 119 Cost. deve essere condivisa da tutti i soggetti coinvolti nel processo[2].

2. Il 13.4.2010 la Commissione parlamentare per il federalismo fiscale ha approvato il proprio regolamento ai sensi dell'art. 3, co. 2, della l. n. 42. L'approvazione del regolamento della Commissione consente l'avvio dei lavori dell'organo chiamato ad esprimere pa-

[1] Per una riflessione sui contenuti della legge, anche in chiave critica, cfr. E. DE MITA, *Le basi costituzionali del «federalismo fiscale»*, Giuffré, Milano, 2009; R. PEREZ, *I tributi delle Regioni*, in *La legge delega sul federalismo fiscale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 809 ss.; C. DE FIORES, *Note critiche sul federalismo fiscale*, in www.costituzionalismo.it, 2009.

[2] Così L. GIANNITI, N. LUPO, *La Commissione bicamerale per il federalismo fiscale: alla ricerca di un ruolo per le Camere nei complessi procedimenti delineati dalla legge n. 42 del 2009*,in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2009, 803 ss. La leale collaborazione nelle esperienze di diritto comparato nasce proprio nelle relazioni finanziarie tra centro e periferia ed è tesa a configurare quegli strumenti che devono consentire il raggiungimento, senza rompere gli equilibri tra centro e periferia, degli obiettivi di interesse nazionale e locale, attraverso una concertazione delle amministrazioni centrali e locali o il coordinamento delle attività legislative e amministrative. Cfr. sul punto l'analisi di C. GREYWE-LEYMARIE, *Le fédéralisme cooperatif en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1981, 3 ss. Sul principio di leale collaborazione cfr, tra gli altri, S. BARTOLE, *La Corte costituzionale alla ricerca di un contemperamento tra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1988, 563 ss.; P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (La via italiana al regionalismo collaborativo)*, in *Le Regioni*, 1989, 473 s.; A. D'ATENA, *Regione (in generale)*, in *Enc. dir.* XXXIX, 1988; R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Cedam, Padova, 1995, 7 ss.; A. ANZON, *La* Bundestrue *e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Giuffré, Milano, 1995.

reri sugli schemi di decreto legislativo presentati dal Governo in attuazione del c.d. *"federalismo fiscale"* (art. 3, l. n. 42).

L'istituzione di un'apposita Commissione parlamentare bicamerale con funzioni consultive sugli schemi di decreto legislativo in materia di *"federalismo fiscale"* rappresenta un profilo di forte valorizzazione dell'apporto parlamentare nel procedimento di delegazione. La previsione di una Commissione *ad hoc* è frutto delle istanze fatte valere dall'opposizione parlamentare nel dibattito che ha condotto all'approvazione della l. n. 42 ed è volta a mantenere viva la dialettica con il Governo, responsabile dell'adozione dei decreti, e dell'altra parte interessata, rappresentata dal sistema delle autonomie, rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 2, co. 5, *"il Governo assicura piena collaborazione"*.

La Commissione parlamentare per il federalismo fiscale si inserisce in una rete di organismi misti paritetici definiti dalla legge n. 42, che concorrono alla determinazione dei decreti legislativi attuativi della legge stessa. Si tratta di una modalità di procedimentalizzazione del principio di leale collaborazione verticale in materia finanziaria, in linea con una tendenza propria del nostro regionalismo a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso – avallata anche dal giudice costituzionale (cfr. a titolo esemplificativo sentt. 231/2005, 270/2005, 133/2006 sul riparto delle competenze e impiego delle risorse) – e come si è detto comune alle forme di Stato composte contemporanee.

La Commissione è coadiuvata da un Comitato di rappresentanti delle autonomie territoriali, previsto all'art. 3, 4 co. della l. n. 42 - al fine di assicurare adeguate funzioni di raccordo - formato da dodici soggetti nominati dalla componente rappresentativa delle regioni e degli enti locali nell'ambito della Conferenza unificata, con il compito di fornire pareri e di svolgere audizioni qualora la Commissione lo richieda.

Nella rete degli organismi collaborativi va ricondotta anche la Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale, prevista dall'art. 4 della legge che coadiuva l'esecutivo nella predisposizione degli schemi di decreti legislativi. Istituita con d.P.C.M. del 3.7.2009 presso il Ministero dell'economia e delle finanze, è composta da quindici rappresentanti tecnici dello Stato, vale a dire dei ministeri competenti alla predisposizione degli schemi dei decreti delegati, e da quindici rappresentati tecnici delle autonomie territoriali. Essa esercita funzioni consultive e costituisce la *"sede di condivisione delle basi informative finanziarie, economiche e tributarie"*, *ex* art. 4, co. 2, della legge. Infine l'art. 5 della l. n. 42 istituisce la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, nell'ambito della Conferenza unificata, composta da rappresentati dei diversi livelli di governo, quale *"organismo stabile di coordinamento della finanza pubblica"*.

3. La collaborazione organica in materia di finanza degli enti territoriali, prevista dalla l. n. 42 richiama alcune esperienze del diritto comparato in cui sono parimenti previsti organismi a composizione mista, come nei casi spagnolo (Consiglio di politica fiscale e finanziaria) e tedesco (Consiglio di pianificazione finanziaria) per la definizione delle politiche di finanza territoriale e di bilancio. Nell'ordinamento spagnolo, in particolare, il Consiglio ha funzione deliberativa, giungendo a predisporre l'accordo quinquennale sul sistema di finanziamento delle Comunità autonome, sulla cui base viene approvata la legge organica di riferimento (LOFCA), mentre, nell'ordinamento tedesco, l'organo ha funzioni consultive, inserendosi comunque in un assetto collaborativo definito a livello costituzionale e segnato dalla presenza del Senato federale (*Bundesrat*) che presiede a tutte le decisioni in materia finanziaria che interessano i *Länder*.

Alla luce di queste considerazioni, il contesto in cui si definisce la collaborazione finanziaria nell'ordinamento italiano presenta alcuni nodi problematici.

Innanzitutto va segnalato il ruolo della Commissione parlamentare che è, in primo luogo, un organismo a termine che esaurisce il suo mandato una volta che si sia completata la fase transitoria prevista dalla legge (art. 3, co. 7)[3]. Essa inoltre non rappresenta la sede

[3] Sul punto anche GIANNITI, LUPO, *La Commissione*, cit., 806.

privilegiata del confronto tra i portatori dei vari interessi in gioco, vale a dire Governo e autonomie territoriali. Questa sede si colloca al di fuori del Parlamento ed è individuabile nella Conferenza unificata che deve elaborare un'intesa con il Governo per l'adozione degli schemi di decreto legislativo.

Stando al procedimento di adozione dei decreti legislativi, infatti, l'art. 2, co. 3, prevede che gli schemi di decreto, adottati su proposta dei Ministri competenti, previa intesa in sede di Conferenza unificata, siano trasmessi alle Camere corredati dalle rispettive relazioni tecniche, affinché su di essi sia espresso il parere della Commissione parlamentare per il federalismo fiscale, di cui all'art. 3 della l. n. 42, nonché delle Commissioni competenti (Commissioni bilancio di Camera e Senato) entro sessanta giorni dalla trasmissione. In assenza di intesa con la Conferenza unificata, decorsi trenta giorni, il Consiglio dei Ministri può deliberare trasmettendo una relazione alle Camere che dia conto del mancato raggiungimento dell'intesa, secondo quanto prescritto dall'art. 3 del d. lgs. n. 281/1997.

L'art. 2, co. 4, della l. n. 42 prevede che, ove il Governo non intenda conformarsi ai pareri delle Commissioni parlamentari favorevoli all'intesa, questi trasmetta nuovamente – con una procedura inedita sul piano della delegazione legislativa – i testi alle Camere rendendo comunicazione davanti a ciascuna di esse. E' in ogni caso stabilito che, decorsi trenta giorni dalla data della nuova trasmissione, i decreti vengano comunque adottati in via definitiva dal Governo.

Il procedimento descritto dimostra che il Parlamento, per il tramite della Commissione, detiene un ruolo consultivo, di supporto al Governo, mentre la dialettica concreta coinvolge prioritariamente esecutivo e autonomie territoriali attraverso la Conferenza unificata. A ben guardare, però, anche il ruolo della Conferenza in questione appare marginale e ciò è dovuto al carattere debole dell'intesa prevista sugli schemi di decreto: l'unica garanzia è che il Governo debba riferire alle Camere sulle ragioni della mancata intesa o qualora intenda discostarsi dall'intesa conseguita.

In assenza degli istituti cooperativi tipici degli ordinamenti a tradizione federale, tra cui spicca l'esistenza di una seconda camera rappresentativa degli enti territoriali, il ricorso alla decretazione delegata nelle relazioni intergovernative finanziarie configura una collaborazione interistituzionale di stampo accentrato poiché, come si è evidenziato, il livello territoriale ha una ridotta capacità negoziale, in quanto il Governo detiene l'ultima parola su un atto rientrante completamente nella sua sfera di competenza.

Bisogna inoltre segnalare che la complessità del modello di collaborativo definito dalla l. n. 42 per la determinazione degli schemi dei decreti delegati è dovuta proprio alla scelta di dare attuazione al *"federalismo fiscale"* attraverso la delega legislativa, anziché con legge ordinaria.

Il ricorso alla delega legislativa si colloca nell'ambito di un filone di interventi normativi che vede l'impiego della fonte delegata in maniera sistematica a partire dall'XI legislatura, quale strumento preferenziale in mano ai governi, nell'ambito delle politiche di contenimento dei disavanzi pubblici eccessivi e, più in generale, nelle relazioni finanziarie tra centro e periferia (c.d. deleghe *'emergenziali'*)[4]. Lungi dal configurarsi quale strumento utile a disciplinare settori particolarmente delicati, dotati di complessità tecnica tale da far propendere per un intervento governativo e non esclusivamente parlamentare, le ragioni del frequente impiego della delegazione legislativa nelle relazioni intergovernative finanziarie sono riconducibili, come evidenziato dalla dottrina, nelle qualità intrinseche della legislazione delegata, quale strumento di semplificazione dei processi decisionali in un contesto di fluidità di rapporti tra esecutivo e Parlamento, svelando la natura eminentemente politica di questa scelta[5].

Lo schema collaborativo avrebbe operato diversamente ove si fosse applicata la proce-

[4] Sul ricorso alla delega come strumento di carattere emergenziale già utilizzato dai governi negli anni Novanta per arginare i rischi collegati al deficit statale che avrebbe compromesso l'ingresso dell'Italia nell'Uem cfr. C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padova, 274 ss.

[5] Cfr. N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi': esperienze, problemi, proposte*, Giuffré, Milano 1996, 26 ss.

dura di cui all'art. 11, della l. cost. 3/2001, come è stato sostenuto in dottrina, recuperando una sede naturalmente idonea ad esaminare le questioni riguardanti l'art. 119 Cost., data dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata dei rappresentati delle autonomie[6]. L'intervento della Commissione avrebbe ricondotto alla sede parlamentare la disciplina della materia assicurando, al contempo, una maggiore linearità nelle procedure[7].

4. Una riflessione ulteriore sulla natura della collaborazione intergovernativa in materia finanziaria è stimolata anche dall'analisi del decreto legislativo sull'attribuzione agli enti territoriali di un proprio patrimonio. Senza potersi soffermare sugli aspetti contenutistici dell'atto, è opportuno in questa sede considerare la modalità di adozione dello schema. Esso, per motivi di tempo, non ha potuto beneficiare dell'intesa tra la Conferenza unificata e il Governo, ai sensi dell'art. 2, co. 3, della l. n. 42. Ciononostate, come si legge nella relazione tecnica al Parlamento allegata allo schema, *"Il Ministro per la semplificazione amministrativa [...] ha ritenuto opportuno sottoporre lo schema di decreto legislativo in oggetto all'esame della Conferenza Stato-Città ed autonomie locali"*. La vicenda appare emblematica di quanto (oltre che debole) sia *"elastica"* la collaborazione sottesa alla l. n. 42 in ordine alla titolarità del rapporto. A tacer d'altro, bisogna infatti segnalare che la Stato-Città è priva della componente regionale, diversamente dalla Conferenza unificata che accanto alla componente locale contiene anche la rappresentanza regionale mediante la Conferenza Stato-Regioni (art. 8, co. 1, d. lgs. 281/1997)[8]. Il parere allo schema di decreto legislativo sul c.d. federalismo demaniale è stato fornito, così, senza il concorso dell'ente regionale e questo aspetto deve far riflettere in un contesto istituzionale che tende verso la *"federalizzazione"* dell'ordinamento, in cui la regione dovrebbe essere il livello di riferimento nei processi decisionali riguardanti il sistema delle autonomie.

5. La previsione di una collaborazione c.d. *'debole'* nella l. n. 42 rappresenta, a ben guardare, un elemento caratterizzante interamente le relazioni intergovernative finanziarie. Ciò è dimostrato anche quando, dall'analisi sulla l. n. 42 si passi all'esame della riforma della legge di contabilità e finanza pubblica n. 196/2009, che si intreccia con le disposizioni della legge sul *"federalismo fiscale"* e che risulta essenziale alla comprensione dell'effettivo modello di relazioni finanziarie centro – periferia esistente nel nostro ordinamento[9].

La l. n. 196, pur razionalizzando i documenti di programmazione finanziaria, rendendone più trasparenti i contenuti e favorendo un controllo parlamentare più consapevole, conserva un'impostazione accentrata sul piano procedurale e presta solo parziale attenzione ai meccanismi di collaborazione interistituzionale.

La procedura di bilancio e la nuova decisione di finanza pubblica (art. 10, l. n. 196) restano di appannaggio del circuito Governo – Parlamento, mentre l'ordinamento territoriale viene coinvolto attraverso la Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 5 della l. n. 42, chiamata ad esprimere un parere sulle linee guida per la definizione degli obiettivi finanziari programmatici, entro il 10 settembre di ogni anno.

La disposizione è caratterizzata da un margine di incertezza in ordine all'effettiva cooperazione che potrà derivarne, in un contesto in cui non risultano ancora chiari la struttura della Conferenza, il suo collegamento con le assemblee elettive territoriali, la natura e l'efficacia del parere che deve esprimere[10].

In altre parole, si corre il rischio, come è

[6] Così, GIANNITI, LUPO, *La Commissione*, cit., 809.
[7] *Ibidem.*
[8] Sul sistema delle conferenze cfr. G. CARPANI, *La Conferenza Stato-Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2006, spec. 127 ss.
[9] Per un commento alla nuova legge cfr. G. POLA, *La "morte" della legge 468/78: un auspicio di vita per il federalismo fiscale?*, in www.crw.it, 2010.
[10] Esprime alcune critiche alla legge G. RIVOSECCHI, *La legge delega sul federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, Intervento al Convegno "*Federalismo fiscale 'learning by doing'. Modelli di raccolta e redistribuzione del gettito fiscale tra centro e periferia*", Luiss, Roma, 2009.

stato sottolineato, che in assenza di procedure maggiormente collaborative tra i livelli di governo ai fini dell'elaborazione del bilancio annuale dello Stato si sia persa un'occasione per configurare "*una legge di contabilità della Repubblica"*, necessaria in un contesto autonomistico, per il delicato e osmotico legame esistente tra finanza centrale e finanza locale[11]. Una previsione normativa in tal senso, avrebbe avuto, tra l'altro, il pregio di arginare il contenzioso annuale esistente tra Stato e regioni davanti al giudice costituzionale, in ordine alle determinazioni delle leggi finanziarie (cfr. ad es. sentt. 74/2009 e 107/2009).

6. In definitiva, il carattere *'debole'* della collaborazione interistituzionale in materia finanziaria che qui si è più volte richiamato, rappresenta una modalità di rapporti che connota l'intero assetto centro - periferia.

Il medesimo schema, che prevede la possibilità per il Governo di discostarsi dai pareri forniti di volta in volta dalle Commissioni parlamentari competenti e dal sistema delle Conferenze, è utilizzato, infatti, anche di recente nel d.d.l. di delega al Governo, tra l'altro, ad adottare decreti legislativi per il conferimento a regioni ed enti locali di funzioni amministrative in materie di competenza esclusiva statale (AC 3118, c.d. Carta delle autonomie locali).

Si potrebbe obiettare a tal proposito che, trattandosi di esercizio di funzione amministrativa su materie la cui titolarità ricade interamente in capo allo Stato, la previsione di un'intesa *'debole'* rappresenti il meccanismo cooperativo idoneo a preservare la volontà dello Stato nell'esercizio della delega. Ma il punto che si vuole qui evidenziare investe una prospettiva più ampia che coinvolge le relazioni intergovernative nel loro complesso.

La possibilità per il Governo di discostarsi sistematicamente dalle intese, dando conto alle Camere delle motivazioni della scelta, delinea un modello di collaborazione intergovernativa di natura opzionale e non vincolante che svantaggia il livello di governo territoriale. Esso, infatti, in assenza di istituti cooperativi previsti in Costituzione non contribuisce effettivamente al procedimento di formazione della volontà dello Stato.

In altri termini, l'applicazione di simile modello cooperativo nella definizione della volontà dello Stato su materie di interesse della periferia mostra come, nonostante il principio di leale collaborazione costituisca una tecnica per sostituire logiche di sovraordinazione gerarchica tra i livelli di governo, con strumenti maggiormente compatibili con il processo di federalizzazione in corso, ciò non significa necessariamente che si giunga ad una contrazione della spinta centralizzatrice nei rapporti tra centro e periferia[12], soprattutto in assenza di istituti cooperativi quali la seconda camera rappresentativa degli enti regionali.

[11] Sulla necessità di passare da una contabilità statale ad una contabilità "della Repubblica", A. MANZELLA, F. BASSANINI (a cura di), *Per far funzionare il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2007, 126 ss.

[12] Cfr. BIFULCO, *La cooperazione*, cit., 61.

GIURISPRUDENZA

di Paolo Romani

Corte costituzionale ord. 15.10.2010 n. 298
Questione di legittimità costituzionale - norma *"blocca rimborsi ici rurale"* - rigetto.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Francesco AMIRANTE; Giudici : Ugo DE SIERVO, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 4, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2008), promosso dalla Commissione tributaria provinciale di Cremona nel procedimento vertente tra la Latteria Sociale Ca' de' Stefani s.c.a. e il Comune di Vescovato con ordinanza del 12.6.2009, iscritta al n. 120 del registro ordinanze 2010 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 17, prima serie speciale, dell'anno 2010.
Udito nella camera di consiglio del 22.9.2010 il Giudice relatore Paolo Maria Napolitano.
per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 4, della l. 24.12.2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2008), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dalla Commissione tributaria provinciale di Cremona, con l'ordinanza indicata in epigrafe.
Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 6.10.2010.

Corte di Cassazione Sez. Un. ord. 7.10.2010 n. 20778
Contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di rateizzazione di un debito avente natura tributaria - giurisdizione delle commissioni tributarie - sussistenza.
A seguito della riforma di cui alla l. n. 448 del 2001, art. 12, la giurisdizione tributaria si estende ormai a qualunque controversia in materia d'imposte e tasse che non attenga al momento della esecuzione in senso stretto o alla restituzione di somme per le quali non residui più alcuna questione sull'an, il quantum o le modalità di esecuzione del rimborso (C. Cass. 2002/10725, 2005/14331 e 2008/19505); che implicando pur essa una questione sulla spettanza o meno di un'agevolazione attinente alla fase della riscossione precedente a quella dell'esecuzione vera e propria, anche l'impugnazione del diniego di rateazione di un debito per imposte o tasse introduce, perciò, una controversia di carattere tributario devoluta, come le altre in materia, alla giurisdizione delle Commissioni Provinciali e Regionali; che trattandosi di considerazioni che il Collegio condivide e ribadisce, va pertanto ribadito che la causa contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di rateizzazione di un debito avente, come nella specie, natura tributaria rientra nella giurisdizione delle Commissioni Tributarie, a nulla rilevando che la decisione su tale istanza debba essere assunta in base a considerazioni estranee alle specifiche imposte o tasse.

Corte di Cassazione, Sez. Trib. sent. 1.10.2010 n. 20535
Obbligo di allegazione degli atti richiamati nell'avviso di accertamento.
Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, in tema di accertamento tributario motivato per relationem, nella disciplina anteriore all'entrata in vigore della l. n. 212 del 2000, art. 7, (recante lo statuto dei diritti del contribuente) la legittimità' dell'avviso richiede (solo) la conoscenza o la conoscibilità dell'atto da parte del contribuente, ove si tratti di atto extratestuale (v. Cass. n. 9220 del 2008), lad-

dove solo col regime introdotto dalla norma sopra richiamata (e poi, per le imposte sui redditi, dal d. lgs. 26.1.2001, n. 32, art. 1) l'obbligo di motivazione degli atti tributari può essere adempiuto per relationem, ovverosia mediante il riferimento ad elementi di fatto risultanti da altri atti o documenti, a condizione che questi ultimi siano allegati all'atto notificato ovvero che lo stesso ne riproduca il contenuto essenziale (v. Cass., 12/7/2006, n. 15842; Cass. n. 1906 del 2008; e, da ultimo, Cass., 3/12/2008, n. 28666). Orbene, di tali principi il giudice dell'appello ha nel caso fatto corretta e puntuale applicazione, laddove nell'impugnata sentenza ha affermato che "l'obbligo di motivazione degli atti impositivi può giudicarsi legittimamente assolto per relationem solo ed esclusivamente quando, avendo tempestivamente conosciuto o potuto conoscere il contenuto integrale degli atti richiamati, il contribuente sia stato comunque posto in grado di conoscere tutti gli elementi essenziali della pretesa addotta nei suoi confronti e di comprendere l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione. ... Tutta la problematica appare comunque superata alla luce del disposto dell'art. 7 dello statuto del contribuente (l. 27.7.2000, n. 212, richiamato anche da Cass. n. 15234/01 sopra citata), il quale prescrive che "se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto richiamato". La norma appare estremamente rigorosa tanto che anche l'amministrazione finanziaria si e' adeguata al suo disposto con circolare 1/8/00 n. 150/E... Ancorché questo rigore sia stato temperato dal d. lgs. 26.1.2001, n. 32, art. 1, il quale prescrive l'onere di allegazione degli atti richiamati solo ove gli stessi non siano conosciuti ne' ricevuti dal contribuente e salvo che l'avviso non ne riproduca il contenuto essenziale, nella fattispecie non paiono essersi realizzati questi presupposti per sollevare l'amministrazione dall'onere dell'allegazione. Non vi e' infatti prova che gli atti richiamati siano stati conosciuti o ricevuti dal contribuente ne' sono stati riprodotti negli avvisi, per cui questi, in ottemperanza al principio stabilito per la tutela del contribuente, devono essere dichiarati illegittimi".

Corte di Cassazione 17.9.2010 n. 19732

ICI - esenzione - enti non commerciali – classificazione catastale - prova - non applicabilità della presunzione dell'effettivo utilizzo dell'immobile.

… l'esenzione dall'ICI prevista dal d. lgs. 30.12.1992 n. 504 art. 7 co. 1 lett. i spetta in relazione agli immobili utilizzati direttamente dai soggetti indicati dalla norma che siano di fatto destinati, esclusivamente allo svolgimento di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative, e sportive nonché delle attività di cui alla l. 20.5.1985 n. 222 art. 16 lett. a, anche se tale utilizzazione concreta sia in contrasto con la destinazione catastale spettando al contribuente l'onere di dare la prova di tale utilizzazione esclusiva.

Corte di Cassazione 17.9.2010 n. 19720

TARSU - esenzione - impossibilità oggettiva del locale a produrre rifiuti - esonero - legittimità.

Ai sensi del d. lgs. n. 507, art. 82 co. 2, la condizione di impossibilità di produrre rifiuti deve dipendere da fattori oggettivi e permanenti e non dalla contingente e soggettiva modalità di utilizzazione dei locali. La situazione che legittima l'esonero si verifica allorquando l'impossibilità di produrre i rifiuti dipende dalla natura stessa dell'area o del locale ovvero della loro condizione di materiale ed oggettiva inutilizzabilità ovvero dal fatto che l'area ed il locale siano stabilmente – e cioè in modo permanentemente non modificabile – insuscettibili di essere destinati a funzioni deposito o ricovero è invece una funzione operativa generica e come tale non rientra nella previsione legislativa. Al riguardo la Cassazione, con sentenza n. 2814 del'11.2.2005 ha esplicitamente affermato che "i magazzini, qualora destinati al ricovero dei beni strumentali o delle scorte impiegate nella produzione o nello scambio concorrono all'esercizio dell'impresa e vanno perciò riguardati come aree operative al pari degli stabilimenti o dei locali destinati alla vendita". Va aggiunto che non si vede sotto quale profilo l'adibizione del locale a deposito per attrezzature per l'edilizia potrebbe farlo considerare escluso dalla possibilità di produrre rifiuti.

Consiglio di Stato V, 11.8.2010, n. 5632

Estensione del principio della pianificazione preventiva della spesa sanitaria a tutti i soggetti pubblici.

1. Il principio della pianificazione preventiva della spesa sanitaria - previsto inizialmente per le sole aziende ospedaliere (art. 6, co. 5, l. 23.12.1994 n. 724) ed esteso dall'art. 2, co. 8, l. 28.12.1995 n. 549, a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati e poi confermato, con significative modificazioni, dall'art. 1, co. 32, l. 23.12.1996 n. 662, e dall'art. 32, co. 8, l. 27.12.1997 n. 449. prevede il potere delle regioni di adottare determinazioni di carattere autoritativo e vincolante in tema di limite alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria. Le regioni, nell'esercitare questa potestà pianificatoria, godono di un ampio potere discrezionale, che deve bilanciare interessi diversi: quelli al contenimento della spesa, quelli relativi alla pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate, quelli degli operatori privati che, nel sistema sanitario, si muovono con logica imprenditoriale, quelli relativi all'efficienza delle strutture pubbliche, che costituiscono un pilastro del complessivo sistema sanitario.
2. E' legittimo il provvedimento adottato da una regione in base all'art. 32, co. 8, l. 27.12.1997 n. 449, che fissa i tetti di spesa sanitaria annuali prendendo a riferimento i livelli di spesa dell'anno precedente, risultando legittimo pure un drastico ridimensionamento dei margini di profitto, escluso comunque un suo totale azzeramento.

Consiglio di Stato V, 11.8.2010, n. 5616
TARSU - TIA - nuova tariffazione.
Gli artt. 61 e 69, co. 2, d. lgs 15.11.1993 n. 507 e 49 del d. lgs. n. 22 del 1997, nel consentire in sede di determinazione della TARSU la copertura integrale del costo del servizio con la garanzia di una percentuale minima del 50%, dando anche la facoltà ai comuni di introdurre nella vigenza del periodo transitorio, in via sperimentale e graduale, il nuovo sistema di tariffazione TIA, prevedono nel contempo anche un reticolo di garanzie a favore degli utenti, prescrivendo in sostanza una adeguata istruttoria sulla base di dati ufficiali che poi si traduca in una ragionevole giustificazione dell'incremento del prelievo nelle relative delibere comunali e comunque nei limiti del costo complessivo del servizio.
E' pertanto illegittima la delibera con la quale un comune ha modificato la già vigente copertura minima del servizio (che è un presupposto indispensabile delle tariffe antecedenti), applicando un incremento sostanzioso del 20% delle precedenti tariffe, senza avere dati certi in ordine allo scostamento tra entrate e costo del servizio, invocando genericamente la necessità di assicurare la tendenziale copertura totale della spesa, che non vien in alcun modo indicata neppure per relationem.

Commissione Tributaria Regionale Umbria, sent. 3.8.2010 n. 65
Imponibile ICI su terreno edificabile - opificio esistente da demolire - cubatura da PRG subordinata a demolizione - terreno tassabile anche prima della demolizione.
… è da ritenere legittimo l'assoggettamento ad ICI di tali terreni in virtù del consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale l'imposta è dovuta per il solo fatto che un'area sia considerata fabbricabile della strumento urbanistico generale adottato dal comune, a prescindere dall'esistenza di vincoli capaci di condizionare in concreto la possibilità di costruire, che non fanno venir meno, ma anzi presuppongono la vocazione edificatoria del terreno incidendo soltanto sul suo valore venale (da ultimo Cass. 11335/10).

PARIERISTICA

1. CESSIONE DEL 2% DEL CAPITALE SOCIALE AL SOCIO PROVATO

del Prof. Avv. Enrico Michetti

DOMANDA

Parere legale sulla cessione del 2% del capitale sociale al socio privato di una società mista successivamente alla procedura competitiva ad evidenza pubblica

RISPOSTA

Ai fini della corretta risoluzione del quesito proposto occorre prendere le mosse dalla procedura ad evidenza pubblica all'uopo effettuata dall'amministrazione comunale ai fini della scelta del socio privato. Dalla lettura comparata del disciplinare di gara, della lettera di invito nonché del contratto di cessione di partecipazioni sociali alla società di capitali emerge come la procedura di cui trattasi aveva ad oggetto la cessione del 40% del capitale sociale attraverso l'assegnazione del 38% al socio privato aggiudicatario in uno con il residuo 2% di cui alla prevista opzione di vendita qualora il personale dipendente della società stessa non avesse acquistato tale 2%.

La volontà comunale, pertanto, emergente dalla procedura ad evidenza pubblica e' stata quella di individuare un socio privato cui cedere complessivamente il 40% del capitale sociale.

Nella lettera d'invito al punto VI, penultimo capoverso, si legge espressamente che comportava automatica esclusione dalla procedura la non espressa accettazione da parte dell'offerente della "*clausola che prevede in caso di mancata o parziale cessione del 2% delle azioni agli stessi dipendenti di (…) l'acquisto ...delle azioni residue tale 2%*", inoltre nello stesso contratto di cessione di partecipazione sociale rep. N. 51658, rogito n. 16289 si legge nella premessa che "*l'acquirente, come espressamente previsto dal punto 21.II del disciplinare di gara e dal punto VI della lettera d'invito, si è impegnato ad acquistare, entro e non oltre 15 giorni dalla richiesta del comune, al medesimo prezzo della procedura il 2% delle azioni messe in vendita e non acquistata – parzialmente o totalmente – dai dipendenti di (…)*". Inoltre, le parti all'art. 1 del contratto di cessione si premuravano di precisare che "*...A semplice richiesta del comune ed entro 15 (quindici) giorni dalla stessa richiesta, la Società acquisterà, al medesimo prezzo per singola azione (euro 3,64) dell'odierno contratto, la parte eventualmente residua (anche totale) del 2% delle azioni non acquistate dal personale di (…). Tale opzione di vendita ha una durata massima di mesi 12 (dodici) dalla data di sottoscrizione del presente contratto*".

Ebbene nella richiesta di parere emergerebbe che nonostante i dipendenti non avessero proceduto all'acquisto del 2% del capitale sociale, il comune sarebbe comunque rimasto inadempiente rispetto all'obbligo sul medesimo gravante di richiedere alla società, entro 12 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto, di acquistare al medesimo prezzo per singola azione la parte residua del 2%.

Giova evidenziare, peraltro, che la richiesta da parte del comune alla società dell'acquisto delle quote residuate si poneva come un vero e proprio obbligo e non come una mera eventualità rimessa alla valutazione discrezionale dell'ente in quanto, come espressamente previsto nella lettera d'invito relativamente alla quota capitale del 2% "*il comune non assumerà alcun obbligo, se non dopo l'assegnazione definitiva*".

Posto quanto sopra appare evidente che l'amministrazione comunale, a seguito dell'avvenuta assegnazione, maturava uno specifico obbligo che restava inevaso, con la conseguenza che, allo stato, la richiesta avanzata dalla società al comune in ordine all'acquisto del suddetto 2% si palesa assolutamente in linea con l'originaria intenzione dell'amministrazione comunale consacrata nella procedura ad evidenza pubblica di procedere alla ces-

sione complessiva del 40% del capitale sociale, nonché con la volontà manifestata a monte dal socio privato in sede di partecipazione alla gara laddove espressamente accettava la clausola di acquisto in via residuale delle quote sociali non acquistate dai dipendenti della (…). La gara, pertanto, assolveva pienamente a quanto imposto dalla normativa statale e comunitaria, avendo il comune rispettato la *par condicio* tra tutti coloro che ben avrebbero potuto partecipare con la suddetta procedura, esaurendo così ogni ulteriore fase riguardante la scelta del socio privato, nei confronti del quale già in sede di bando si prevedeva l'eventuale ed ulteriore cessione del 2%, anche se al tempo non vi era alcuna necessità di acquisire tale quota non vigendo allora l'attuale vincolo che subordina la possibilità di procedere ad affidamenti a società miste pubblico-private in cui la partecipazione del privato sia pari o superiore al 40%. (Sul punto si rinvia al parere già reso per codesto comune e pubblicato su *Gazzetta Amministrativa dei Comuni, delle Province e delle Regioni d'Italia*, n. 3/2010)

Detta cessione dunque - segmento terminale della procedura ad evidenza pubblica a suo tempo effettuata - e' all'evidenza collegata e conseguente all'avvenuta aggiudicazione ed oggi a maggior ragione sembrerebbe atteggiarsi ad atto dovuto ove si ponga attenzione appunto all'innovato quadro normativo per il quale il conferimento di servizi pubblici locali può avvenire a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che con la selezione avvenuta, come nel caso di specie, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Peraltro v'è da aggiungere che a nulla vale la prelazione prevista in via prioritaria a favore dei dipendenti della (…) in quanto gli stessi avrebbero anch'essi avuto, qualora avessero proceduto all'acquisto della predetta quota residuale, la caratterizzazione di soci privati, non incidendo quindi minimamente sulla volontà dell'amministrazione pubblica di cedere all'esterno il 40% delle quote della predetta società.

L'originaria individuazione del socio privato avvenuta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica unitamente alla originaria previsione della cessione complessiva del 40% del capitale sociale contenuta negli atti di gara e nel conseguente contratto di cessione di partecipazioni sottoscritto *inter partes* danno contezza della necessità di assicurare oggi che quei criteri di efficienza, efficacia, competitività, non discriminazione e trasparenza dell'azione amministrativa a suo tempo perseguiti con la procedura competitiva ad evidenza pubblica non vengano vulnerati e mortificati attraverso una non corretta e/o incompleta esecuzione delle disposizioni di carattere sia pubblicistico che privatistico a suo tempo puntualmente introdotte dall'amministrazione e fatte proprie dall'aggiudicatario. Allo stato, pertanto, ferma l'originaria individuazione del socio privato avvenuta anche per la residua parte del 2% con la medesima procedura ad evidenza pubblica, si rende indefettibile - alla luce delle novità legislative medio tempore intervenute nonché della richiesta di acquisto formulata dall'aggiudicataria - procedere nella relativa cessione affinché da un lato l'ente locale non si esponga ad azioni giudiziarie promosse dalla società aggiudicataria e, dall'altro non venga compromessa la gestione degli affidamenti in essere in ordine ai quali resterebbe comunque immutato l'aspetto soggettivo della gestione. Quindi, nella scelta del socio privato già dal bando discende una pianificata e logica possibilità di estensione della propria quota laddove questa residuasse in capo al pubblico, come è poi di fatto accaduto, ecco perché il mercato dei soggetti competitori che avrebbero e che hanno partecipato alla procedura selettiva, allorquando fu emanato il bando, erano perfettamente edotti della sorte della quota residua.

Per quanto attiene infine al prezzo della cessione si palesa evidente come l'importo di euro 3,64 individuato nel contratto di cessione quale prezzo delle azioni (v. art. 1 del contratto) debba essere attualizzato in quanto valevole esclusivamente sino a dodici mesi dalla data di sottoscrizione del contratto stesso. A tal fine si reputa opportuno consigliare di interloquire immediatamente con il socio privato affinché, in risposta alla richiesta pervenuta all'ente di acquisto delle prefate quote, venga manifestata la volontà di procedere con solerzia alla cessione del 2% del capitale sociale

onde evitare di concretizzare affidamenti non conformi al dettato normativo vigente, previa ed indefettibile nuova valutazione del relativo valore delle azioni da effettuarsi in ordine alle rituali procedure di stima attraverso ogni atto formale e sostanziale richiesto dalla legge finalizzato alla corretta ed esatta valutazione del valore della quota capitale e quindi di ciascuna azione.

«::::::::: GA :::::::::»

2. FORMA SOCIETARIA PUBBLICO - PRIVATA PER LA GESTIONE DELLA FARMACIA COMUNALE

del Prof. Avv. Enrico Michetti

DOMANDA

Nella richiesta di parere si chiede di pronunciarsi in merito alla corretta applicazione dell'art. 14 co. 32 del d.l. 78/2010 convertito nella l 122/2010 che vieterebbe ai comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, di costituire società. Più precisamente si chiede se sia ancora possibile, alla luce della citata normativa, avvalersi della forma societaria pubblico-privata per la gestione della farmacia comunale

RISPOSTA

Effettivamente a norma dell'art. 32 del d.l. n. 78, convertito con la l. 122/2010, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono in via generale costituire società e questo nell'ottica delle specifiche funzioni e finalità su cui l'ente locale fonda il proprio agire amministrativo nei confronti dell'integralità dei consociati evitando così di valicare la linea di confine molto labile che separa l'attività rituale del comune da quella più squisitamente imprenditoriale.

Nel caso di specie comunque, dalla nuova normativa appena accennata viene fatto salvo quanto previsto dall'art. 3 coo. 27, 28 e 29 della l. 24.12.2007 n. 244 in ordine al quale è ancora possibile costituire società finalizzate alla produzione di servizi di interesse generale, e quindi prescindendo dal fatidico tetto dei 30.000 abitanti, mentre, chiaramente non possono essere costituite società che abbiano per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali proprie dell'ente locale.

L'attività di gestione di una farmacia comunale costituisce esercizio di un pubblico servizio perfettamente idoneo e coerente con le precipue finalità istituzionali del comune e, pertanto, al caso di specie non si applicherebbero le preclusioni previste dalla l. 122/2010.

«::::::::: GA :::::::::»

3. RECUPERO DEI SOTTOTETTI

del Prof. Avv. Enrico Michetti

DOMANDA

Modalità di recupero dei sottotetti

RISPOSTA

In merito al recupero a fini abitativi dei sottotetti esistenti, la l. reg. n. 13/2009 precisa che possono essere recuperati ai fini abitativi, previo rilascio del relativo titolo edilizio abilitativo - e sul punto giova precisare che ove non si tratti di permesso di costruire o di DIA alternativa al permesso di costruire, il titolo idoneo potrebbe oggi essere costituito dalla S.C.I.A. - i *"sottotetti esistenti"* alla data di entrata in vigore della prefata normativa, purché attigui o comunque annessi ad unità immobiliari ubicate nel medesimo edificio, qualora sussistano le seguenti condizioni di cui all'art. 3 co. 1:

1. l'edificio deve essere legittimamente realizzato ovvero condonato;
2. l'altezza media interna netta deve essere di m. 2,40/2,20;
3. il rapporto aero/illuminante deve essere pari o superiore ad 1/16;
4. l'altezza della parete minima non può essere inferiore a m. 1,50;
5. sono consentite modificazioni delle altezze di colmo e di gronda nonché delle linee di pendenza delle falde unicamente al fine di assicurare i parametri fissati dalla presente legge.

L'art. 2 della predetta legge regionale, definisce come sottotetti *"i volumi sovrastanti l'ultimo piano dell'edificio o di sue parti, compresi nella sagoma di copertura"*.

Al fine di evadere correttamente la postulata

richiesta di parere, occorre approfondire gli aspetti che maggiormente rilevano ai fini di una corretta interpretazione della legge, con particolare riferimento alla definizione di sottotetto:

a) il concetto di volume;
b) le finalità e gli obiettivi della legge.

Sul concetto di volume. Deve osservarsi che il volume è identificato con uno spazio limitato da superficie chiusa. Tuttavia, ad una lettura più attenta anche della normativa regionale, per volume si intende ciò che ha una specifica correlazione con ciò che è abitabile. Pertanto al di là del rigido formalismo, qualora il sottotetto sia caratterizzato da una apertura su più lati, ma inserito all'interno della sagoma del manufatto, certamente nel caso il sottotetto non può non essere considerato volume, anche perché facilmente recuperabile in termini di spazialità chiusa e prontamente idoneo per essere utilizzato ai fini residenziali. In termini concreti le semplificazioni operate nel concetto di definizioni di cui all'art. 3 del T.U. d.P.R. 380/01 fanno assumere un ruolo centrale al concetto di sagoma di copertura la quale ricomprende tutti i volumi utili ai fini di una logica abitabilità dell'edificio e questo anche al fine di evitare un ulteriore consumo di territorio promanate dalla cubatura generata dalle nuove costruzioni. È senza dubbio infatti, più logico utile e sensato porre a completamento ciò che già esiste ed è ricompreso all'interno del volume generato dalla sagoma di copertura. Pertanto, a parere dello scrivente, può considerarsi volume uno spazio aperto (su uno o più lati) all'interno della sagoma di copertura del fabbricato. D'altra parte, se il legislatore avesse voluto riferirsi ad un concetto di volume delimitato da superfici chiuse, non avrebbe avuto alcun motivo di precisare che tale volume doveva essere ricompreso nella sagoma di copertura, poiché di per se stesso avrebbe costituito sagoma e sarebbe quindi stato sufficiente il concetto di volume sovrastante l'ultimo piano.

Sulle finalità e sugli obiettivi della legge. Recita testualmente l'art. 1 "*la Regione promuove il recupero ai fini abitativi dei sottotetti esistenti con l'obiettivo di limitare il consumo di nuovo territorio attraverso un più efficace riutilizzo, nel rispetto delle caratteristiche tipologiche e morfologiche degli immobili, dei volumi esistenti, nonché di favorire la messa in opera di interventi tecnologici per il contenimento dei consumi energetici*".

Dalla lettura della norma emergono chiaramente i due obiettivi che il legislatore regionale si è proposto di raggiungere:

a) la limitazione del consumo di nuovo territorio;
b) il contenimento dei consumi energetici.

Appare ragionevole sostenere che il raggiungimento di tali obiettivi diviene particolarmente efficace nel caso in cui intervenga su spazi parzialmente aperti, per recuperarli e destinarli ad altri usi.

La conclusione del ragionamento fin qui svolto induce a ritenere che esistono plausibili ragioni per ritenere che il legislatore con il termine "*volume*" abbia in realtà voluto indicare lo "*spazio*" compreso nella "*sagoma di copertura*" anche se aperto su uno o più lati e che, pertanto, tale ultima fattispecie rientra nella disciplina della legge in argomento.

«::::::::: GA :::::::::»

4. INCOMPATIBILITÀ *EX* ART. 63 N. 4 CO. 3 DEL D. LGS 267/2000

del Prof. Avv. Enrico Michetti

DOMANDA

Parere legale relativo all'ambito di applicazione dell'art. 63, n. 4 co. 3 del d. lgs 267/2000 in relazione al legittimo, in virtù di patti parasociali, incarico di un sindaco a presidente di una società mista da cui è emerso un contenzioso in ragione di atti gestori posti in essere dall'allora presidente della società nel corso del mandato sindacale

RISPOSTA

Per una esauriente risposta al quesito circa l'eventuale esclusione dalla carica di sindaco per l'incompatibilità di cui all'art. 63 del d. lgs 276/2000 emergente nell'ipotesi di fatto commesso nell'esercizio del mandato, disciplinata dal co. 3 del medesimo articolo, si ritiene opportuno premettere brevi cenni sull'istituto della incompatibilità per poi procedere nell'analisi della relativa giurisprudenza di merito e di legittimità intervenuta in

termini chiarificatori in detta materia.
La legislazione in materia di incompatibilità degli amministratori locali, nell'ipotesi di lite pendente, ha progressivamente circoscritto l'ambito di applicazione dell'istituto ed attenuato i suoi effetti limitativi in relazione al diritto di elettorato passivo.
La suddetta evoluzione normativa in termini restrittivi dell'ambito applicativo della fattispecie in esame è stata attuata dal legislatore in primo luogo trasformando la lite pendente da causa di ineleggibilità a causa di incompatibilità (art. 15 d.P.R. 5 aprile 1951, n. 203 *"T.U. delle Leggi per la composizione e l'elezione degli organi delle amministrazioni comunali"*, sostituito dall'art. 3, co. 1, n. 4), della l. 23.4.1981 n. 154, recante *"Norme in materia di ineleggibilità ed incompatibilità alle cariche di consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale e in materia di incompatibilità degli addetti al servizio sanitario nazionale"*. A corollario di ciò ne consegue che il legislatore ha inteso mitigare l'impatto della norma ritenendo che la volontà popolare assolutamente sovrana potesse piegarsi aprioristicamente soltanto dinanzi a gravi e tassative fattispecie.
Il legislatore inoltre, al precipuo scopo di evitare applicazioni distorsive dell'istituto, si è poi premurato di escludere dal suo ambito diverse fattispecie: la lite per fatto connesso con l'esercizio del mandato di cui al presente parere; la lite in materia tributaria; la lite promossa nell'esercizio dell'azione popolare; la semplice costituzione di parte civile nel processo penale; la lite promossa in esito a sentenza di condanna, o ad essa conseguente, in mancanza di affermazione di responsabilità con sentenza passata in giudicato (art. 3 *ter* d.l. 13/2002 recante *"Disposizioni Urgenti per assicurare la funzionalità degli Enti Locali"*). La norma a fronte dell'introduzione del principio generale che fa assurgere la pendenza di una lite quale causa di incompatibilità, nel successivo sviluppo introduce una serie di temperamenti che come sopra riportato ne riducono notevolmente la relativa ampiezza e portata.
Relativamente poi, all'analisi del concetto di *"lite pendente"* va evidenziato come esso vada esplicitato nell'essere parte in un procedimento civile o amministrativo laddove i soggetti in conflitto di interessi devono aver assunto la qualità di parti di una lite in senso processuale del rapporto controverso (CdS, IV, 30.9.1987 n. 556) valutando se la contesa sia espressione di un interesse privato o se possa essere comunque ricondotta ad un interesse afferente l'esercizio del mandato.
Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale (tra le tante Cass. Civ. , Sez. I, 19.5.2001 n. 6880) la nozione di parte in giudizio in senso tecnico va riferita a "*quel soggetto il quale a seguito della proposizione di domanda giudiziale e della costituzione in giudizio diventa titolare di una serie di poteri processuali finalizzati a dare impulso al processo*". Si rende altresì opportuno precisare che nonostante alcune pronunce isolate (Cass. Civ. Sez. I, 16.2.1991, n. 1666) prevedano l'insindacabilità dei motivi del giudizio pendente, esaurendosi il presupposto dell'incompatibilità nel dato formale ed oggettivo di tale pendenza, secondo la giurisprudenza maggioritaria (Cass, Civ. Sez. I, 9.4.1992 n. 4357) tale principio non esclude che debba comunque trattarsi di uno scontro di interessi con la conseguenza che non basta la pura e semplice constatazione dell'esistenza di un procedimento civile o amministrativo nel quale risultino coinvolti, attivamente o passivamente, l'eletto e l'ente territoriale, ma occorre che vi sia una concreta contrapposizioni di parti restando già preliminarmente, per tal via, esclusi quei casi in cui la lite sia stata instaurata per errore, per mero tuzionismo o a titolo soltanto informativo, senza che a base di essa sussista un effettivo contrasto di posizioni sostanziali (nello stesso senso Cass., 28.7.2001 n. 10335).
Ciò posto, ai fini della indagine in ordine alla valenza dell'esimente sancita al 3 co. del citato art. 63, rilevanti appaiono le statuizione della passata giurisprudenza che già aveva interpretato la pendenza della lite in argomento come da riferirsi a fatti non ricollegabili all'esercizio del mandato: tale esimente veniva poi codificata dal legislatore nell'attuale all'art. 63, 3 co. cit..
Illuminante è sull'argomento la statuizione della Suprema Corte (Cass. Civ, Sez. I, 15.12.2000, n. 15845) secondo la quale "*l'incompatibilità con la carica di consigliere comunale, per effetto di lite civile o ammini-*

strativa con il Comune, non sussiste in relazione ai fatti connessi con l'esercizio del mandato – va intesa come riguardante il fatto generatore della lite con riferimento non soltanto alle controversie che risultino strettamente correlate ai compiti istituzionali del soggetto della cui incompatibilità si discute, ma anche a quelle in cui quel soggetto non faccia valere interessi personali e privati, ma ancorché in modo errato o infondato, interessi della collettività inerenti la funzione pubblica in questione". (Fattispecie nella quale la Suprema Corte ha ritenuto connessa con l'esercizio del mandato la controversia proposta dall'amministratore comunale per ottenere il rimborso delle spese processuali sopportate in un procedimento penale nel quale l'amministratore era stato assolto).

Degna di nota è altresì la nozione di *"fatto connesso con l'esercizio del mandato"* elaborata dalla Corte di Cassazione, Sez. I, sez. I, 4.5.2002, n. 6426 che si riferirebbe unicamente ai comportamenti collegati all'esercizio della funzione, in quanto concorrenti al perseguimento degli interessi generali propri di essa, sicché a dire della Corte alla nozione di fatto connesso resta estraneo sia l'illecito doloso – nel quale, interrompendosi il rapporto organico tra l'ente ed il soggetto difetta il legame della condotta con gli interessi della collettività – sia il fatto non integrante una fattispecie illecita che sebbene traente spunto od occasione dal mandato è diretto a perseguire interessi meramente personali dell'amministratore o di altri soggetti privati.

Dall'analisi della giurisprudenza formatasi in ordine alla valenza del termine *"fatti commessi"* nell'esercizio del mandato sembrerebbe prevalere una interpreazione estensiva del concetto di *"fatto commesso"* non ancorata al tassativo riferimento dei precipui compiti dell'amministratore come individuati dalla legge, ricomprendendo nel concetto di incompatibilità solo quei giudizi pendenti diversi dal caso di specie nei quali l'amministratore fa valere interessi personali e privati totalmente avulsi dal rapporto di mandato e ricomprendendo nell'esimente quei fatti generatori di lite compiuti per far valere interessi della collettività inerenti la funzione pubblica in questione, anche se in modo errato ovvero infondatamente o comunque quei fatti che hanno comportato svolgimento di mandato elettorale ad opera del consigliere.

Nella vicenda in questione sembra assolutamente pacifico che il Sindaco abbia svolto l'incarico di membro del CdA di una società mista, in quanto conferitogli in virtù di patti parasociali che avrebbero fissato con precipua norma il ruolo del sindaco all'interno del CdA.

Tale accordo pubblico-privato trae chiaramente il suo fondamento nel ruolo di garanzia che il sindaco *pro-tempore* esprime in ragione del suo mandato.

Cosa quindi, avrebbe dovuto fare il sindaco nel caso di specie? Sottrarsi alla responsabilità? Rimanere inadempiente dinanzi agli accordi sottoscritti nell'interesse dell'ente locale?

E' chiaro che quell'incarico assunto in connessione al mandato sindacale e, come poc'anzi precisato, a tutela degli interessi comunali avrebbe potuto in qualsiasi istante generare una circoscritta e prevista posizione conflittuale riguardante qualsivoglia azione gestoria intrapresa dalla società.

Peraltro, il ruolo di garanzia nel caso di specie si fonderebbe sul proficuo e sano contemperamento di interessi complessi derivanti da una gestione aziendale vigilata e correttamente indirizzata.

Nel caso di specie poi, il motivo di lite si sarebbe originato proprio nel corso del mandato sindacale, durante il contestuale legittimo svolgimento dell'incarico connesso, e, quindi, nel pieno rispetto della normativa, degli accordi, e della prefata situazione di fatto.

A ciò si aggiunga che la piena conoscenza da parte del consesso politico-amministrativo del predetto accordo affievolirebbe a monte ogni potenziale contrapposizione connessa all'esercizio del mandato sindacale, in quanto *in re ipsa*.

Pertanto, nel caso di specie si è portati a ritenere, dalla sola lettura dell'oggetto del richiesto parere, che non sussisterebbe alcuna attuale incompatibilità di cui all'art. 63 del TUEL, anche perché la *ratio* della norma non volgerebbe nel verso di imporre al sindaco di rinunciare all'insopprimibile diritto alla difesa del proprio patrimonio e della propria reputazione di buon amministratore soltanto perché

nel rituale svolgimento dell'incarico connesso al proprio mandato sindacale abbia assunto, in ragione di legittimi poteri-doveri, atti gestori che qualcuno ha inteso censurare e su cui l'onorata giustizia non si è ancora definitivamente pronunciata.
Né potrebbe, tantomeno, in via generale applicarsi con disinvoltura e pretestuosità il dettato dell'art. 63 del TUEL con riferimento a fatti inerenti o connessi al mandato sindacale, peraltro controversi e lontani nel tempo (i quali oggi riverberano in maniera che sembrerebbe non rimuovibile dal punto di vista processuale), magari ai soli deprecabili fini di ribaltare ciò che la volontà popolare ha legittimamente espresso attraverso libere elezioni.

«::::::::: GA :::::::::»

5. PARERE LEGALE RELATIVO ALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 2 NUMERO 9 L. N. 154 DEL 1981

del Prof. Avv. Enrico Michetti

DOMANDA
Sussiste una situazione di ineleggibilità alla carica di consigliere regionale di colui che ricopre l'incarico di primario di strutture ospedaliere convenzionate con la regione ex art. 2, n. 9 della l. 154/1981?

RISPOSTA
Per esaminare la sussistenza di una situazione di ineleggibilità alla carica di consigliere regionale di colui che ricopre l'incarico di primario di strutture ospedaliere convenzionate con la regione *ex* art. 2, n. 9 della l. 154/1981, occorre affrontare una lettura combinata dell'assetto normativo inerente le funzioni esercitate nel servizio sanitario nazionale con la relativa giurisprudenza intervenuta in termini chiarificatori in detta materia.
Il quadro normativo di riferimento ha dato, infatti, luogo ad innumerevoli incertezze interpretative che, peraltro, in materia di tutela della salute individuale richiedono una particolare attenzione in considerazione del rischio che la posizione di prestigio di coloro che ricoprono uffici direttivi nel servizio sanitario nazionale e/o in strutture convenzionate possano condizionare istituzionalmente il voto di settori significativi dell'elettorato. (Corte Cost. n. 510/1989). Le incertezze interpretative hanno riguardato anche la problematica oggetto del presente esame in quanto inizialmente si è assistito ad un ampio dibattito volto a stabilire se dovessero estendersi appunto ai Consiglieri regionali le disposizioni di cui all'art. 2, co. 1, n. 9 della l. 154/1981 concernente l'ineleggibilità dei legali rappresentanti e dirigenti delle strutture convenzionate prevista per i consigli del comune il cui territorio coincide con il territorio dell'unità sanitaria locale con cui sono convenzionate.
Giova rilevare che la medesima problematica si è altresì posta con riferimento all'applicazione ai consiglieri regionali della disposizione di cui all'art. 2, co. 1, n. 8, l. 154/1982 concernente l'ineleggibilità dei dipendenti dell'unità sanitaria locale facenti parte dell'ufficio di direzione, nonché dei coordinatori dello stesso ufficio, stabilita anch'essa per i consigli comunali del comune il cui territorio coincide con quello dell'unità sanitaria locale da cui dipendono o lo ricomprende.
Le *vexate questiones* sono state generate da un lato dall'*incipit* dell'art. 2 della l. 154/81 che stabilendo espressamente che "*Non sono eleggibili a consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale...*" parrebbe fissare una regola di carattere assoluto e generale che sancisce l'ineleggibilità per tutte le cariche e per tutte le, categorie di soggetti elencate nei numeri da 1 a 12, e dall'altro dall'art. 2, ultimo comma (co. 9) della l. 154/1981 che esclude dall'ambito di applicazione delle sopraindicate cause di ineleggibilità i soli consiglieri provinciali. ("*Le cause di ineleggibilità previste dai numeri 8) e 9) del presente articolo non si applicano per la carica di consigliere provinciale").*
Dirimente in materia è stato l'intervento della Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, che con la sentenza 12.12.2002, n. 17810 si è premurata di precisare che nessun collegamento può stabilirsi tra l'*incipit* e la disposizione dell'ultimo comma della norma stessa con la conseguenza che le medesime cause di ineleggibilità non sono riferibili ai consiglieri regionali, ma riguardano esclusivamente i consiglieri comunali.
A ciò si aggiunga da ultimo che neppure il sopravvenuto riordino della disciplina in ma-

teria sanitaria di cui al d. lgs n. 502 del 1992 consente una interpretazione diversa, evolutiva dell'art. 2 della l. n. 154/1981 in quanto la trasformazione delle USL in Aziende strumentali regionali non è comunque tale da poter configurare una più penetrante ingerenza della regione nell'attività delle strutture sanitarie. Pertanto, per quanto risulta difficile comprendere l'orientamento della giurisprudenza ormai presso che consolidata nella parte in cui non intravede una conflittualità così forte tra il ruolo di consigliere regionale eventualmente accentuata anche dalla presenza in una commissione trattante argomenti accademicamente in grado di incidere indirettamente sul patrimonio del prefato consigliere, l'ipotesi di ineleggibilità non risulterebbe applicabile al caso di specie, mentre sull'eventuale incompatibilità, nonostante l'incontestabile conflitto d'interessi, investire l'onorata giustizia della vicenda, a meno che non vi sia un fatto specifico in cui risulterebbe che il soggetto nell'esercizio del proprio mandato abbia direttamente ed indirettamente inciso con le proprie decisioni sul proprio patrimonio, parrebbe al momento assai rischioso in termini di risultato.

«::::::::: GA :::::::::»

6. PARERE LEGALE RELATIVO ALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 17 D.P.R. N. 380/2001

del Prof. Avv. Enrico Michetti

DOMANDA

Sull'applicabilità dell'esenzione dal versamento del contributo di costruzione previsto dall'art. 17 d.P.R. n. 380/2001 ad una azienda agricola con forma di società di capitali?

RISPOSTA

Al fine della corretta risoluzione del parere richiesto in merito all'applicabilità dell'esenzione dal versamento del contributo di costruzione previsto dall'art. 17 d.P.R. n. 380/2001 ad una azienda agricola con forma di società di capitali il cui amministratore richiedente che ha attestato il possesso dei requisiti soggettivi risulti mutato anteriormente alla data di rilascio del permesso di costruire, si ritiene opportuno premettere brevi cenni sul quadro normativo di riferimento per poi procedere nell'analisi della relativa giurisprudenza di merito intervenuta in detta materia. Il co. 1 dell'art. 16, d.P.R. n. 380/2001 dispone espressamente che *"salvo quanto disposto dall'art. 17, co. 3, il rilascio del permesso di costruire comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione..."*. Il co. 3 dell'art. 17 d.P.R. n. 380/2001 individua, quindi, le fattispecie di esenzione dal versamento del contributo di costruzione collegate al ritenuto minor impatto sul carico urbanistico laddove stabilisce che: *"il contributo di costruzione non è dovuto: a) per gli interventi da realizzare nelle zone agricole, ivi comprese le residenze, in funzione della conduzione del fondo e delle esigenze dell'imprenditore agricolo a titolo principale, ai sensi della l. 9.5.1975 n. 153 (...)"*. Il tenore letterale della soprariportata disposizione non lascia adito a dubbi in ordine alla necessità, ai fini dell'esonero dal pagamento del contributo di costruzione, della ricorrenza di precipue condizioni oggettive e soggettive. Più precisamente analizzando da subito i requisiti soggettivi che qui interessano, la norma parla espressamente di "i*mprenditore agricolo a titolo principale, ai sensi dell'art. 12 della legge 9.5.1975 n. 153"*.

E' opportuno evidenziare come l'art. 12 della l. n. 153/1975 sia stato abrogato dall'art. 1 del d. lgs n. 99/2004 (contenente la disciplina dell'Imprenditore agricolo Professionale), a sua volta modificato dall'art. 1 d. lgs n. 101/2005 a tenore del quale è *"imprenditore agricolo professionale (I.A.P.) colui il quale, in possesso di conoscenze e competenze professionali ai sensi dell'art. 5 del regolamneto CE n. 1257/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999, dedichi alle attività agricole di cui all'art. 2135 c.c., direttamente o in qualità di socio di società, almeno il 50 % del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dalle attività medesime almeno il 50% del proprio reddito globale da lavoro. ..."* .

Il d. lgs n. 228/2001 ha poi modificato l'art. 2135 c.c. introducendo una nozione di imprenditore agricolo più ampia che, non più

strettamente legata al rapporto *"produzione-terra"*, include ogni forma di produzione, sia vegetale che animale, fondata sulla cura e sullo sviluppo di un ciclo biologico naturale. Ai sensi dell'art. 2135 c.c., infatti: *"E' imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali ed attività connesse. Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco e le acque dolci, salmastre o marine. Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione...."* .

Giova evidenziare tuttavia che parte della giurisprudenza da ultimo intervenuta in materia (TAR Piemonte, Sez. I, sentenza 1.03.2010 n. 1302) ha assunto una posizione restrittiva in ordine alla portata applicativa delle modifiche normative alla fattispecie in esame laddove non ha mancato di rilevare come se è pur vero che l'art. 2135 c.c. ha visto mutata ed ampliata la definizione di imprenditore agricolo in seguito al d.lgs n. 228/2001 è altrettanto vero che la disciplina degli oneri concessori dettata dapprima dall'art. 9 della l. n. 10 del 1977 è stata riprodotta nell'art. 17 del d.P.R. n. 380/2001 e prevede l'esenzione dal pagamento del contributo di concessione con riferimento all'imprenditore agricolo come individuato dall'art. 12 della l. n. 153/1975 e non dall'art. 2135 c.c. e ciò pur a fronte del pressochè coevo ampliamento della nozione di imprenditore agricolo introdotta proprio con la modifica dell'art. 2135 c.c.. Da tali premesse consegue per il giudice amministrativo che il legislatore del 2001, continuando a far riferimento alla nozione di imprenditore agricolo dettata dalla l. n. 153/75, che è legge adottata in attuazione di direttiva comunitaria specificatamente riferita all'agricoltura in senso stretto, abbia non casualmente inteso dare seguito ad una distinzione concettuale preesistente. Non è infatti precluso che l'ordinamento mantenga più parallele nozioni di impresa agricola in ragione delle diverse finalità per cui detta nozione viene definita. L'onorata Giustizia Amministrativa, pertanto, ha concluso espressamente statuendo che *"il parametro per individuare la debenza o meno degli oneri di urbanizzazione, in linea di principio legato al carico urbanistico, sia certamente e più ragionevolmente ricavabile proprio da disposizioni che qualificano l'attività in ragione di elementi che al carico urbanistico sono connessi che non rispetto a parametri dettati nell'ambito della disciplina commerciale, certamente ben più estranea alla problematica in questione."*

Posto quanto sopra v'è da aggiungere che proprio in virtù dell'evoluzione normativa di cui al d. lgs n. 228/2001 nonché al d. lgs n. 99/2004 come modificato dal d. lgs n. 101/2005 il riconoscimento della qualifica di imprenditore agricolo non è più circoscritto alla sola persona fisica, ma viene estesa anche alle società di persone, di capitali e cooperative il cui statuto preveda quale oggetto sociale l'esercizio esclusivo delle attività agricole *ex* art. 2135 c.c. e tale qualifica sia posseduta da un numero determinato di soci. Ferma la competenza delle Regioni ad accertare i requisiti per la qualifica di IAP (art. 1, co. 2, d. lgs. n. 99/2004), l'art. 1, co. 3, d. lgs 22.4.2004, n. 99 come modificato dal d. lgs 27.5.2005, n. 101 prevede espressamente da un lato che per le società cooperative e di capitali almeno un amministratore (che sia anche socio per le cooperative) sia imprenditore agricolo (ovvero possegga le conoscenze e competenze professionali ai sensi dell'art. 5 del regolamento del Consiglio (CE) n. 1257/1999 del 17.5.1999, dedichi alle attività agricole della società almeno il 50% del proprio tempo di lavoro complessivo e ricavi dalle attività medesime almeno il 50% delproprio reddito globale da lavoro) e dall'altro per le società di persone che almeno un socio sia in possesso della qualifica di imprenditore agricolo professionale. Pertanto, solo in presenza dei requisiti soggettivi sopra delineati afferenti la qualifica di imprenditore agricolo professionale, il comune può legittimamente applicare l'esonero di cui all'art. 17, co. 3 del d.P.R. n. 380/2001, con la conseguenza che in ipotesi in cui venga accertato la non veridicità delle autodichiarazioni/certificazioni all'uopo

depositate dal legale rappresentante presunto imprenditore agricolo circa la sussistenza di tale sua qualità soggettiva che, appunto aveva giustificato l'esenzione dal versamento, si rende pienamente legittima la pretesa comunale in ordine alla successiva richiesta di pagamento degli oneri concessori medesimi.

In conclusione, qualora non ricorressero i presupposti soggettivi legittimanti l'esenzione, sembrerebbe opportuno che l'amministrazione comunale avvii il procedimento amministrativo *ex lege* n. 241/1990 s.m.i ai fini della verifica della legittimità dell'avvenuto riconoscimento dell'esenzione dal pagamento degli oneri concessori *ex* art. 17 d.P.R. 380/2001 e, qualora da tale verifica risultasse l'insussistenza dei presupposti legittimanti il beneficio, l'ente locale al fine di scongiurare un conclamato, a quel punto, danno erariale, dovrà necessariamente e prontamente azionare la rituale richiesta di pagamento degli oneri concessori.

«::::::::: 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 qualifichino 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

PER ULTERIORI INFORMAZIONI
TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356
Sito: www.gazzettaamministrativa.it
e-mail: info@gazzettaamministrativa.it

Chiuso in redazione il 31 ottobre 2010
Finito di stampare nel mese di novembre 2010
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)