

---

# GAZZETTA AMMINISTRATIVA

## DEI COMUNI DELLE PROVINCE DELLE REGIONI D'ITALIA

---

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

---

### IN QUESTO NUMERO

---

- *TAR MARCHE SEZ. I SENTENZA N. 3346 DEL 12.10.2010: LE E-MAIL NON COSTITUISCONO ATTI AMMINISTRATIVI*
- *DISTINZIONE TRA FUNZIONI POLITICHE E FUNZIONI AMMINISTRATIVE E RIFLESSI SULLA NORMATIVA DELLO SPOIL SISTEM ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 304 DEL 28.10.2010*
- *"FEDERALISMO DEMANIALE" E REGIME GIURIDICO DEI BENI PUBBLICI*
- *I PARAMETRI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DEL REATO DI OMESSA BONIFICA*
- *L'ACQUISIZIONE SANANTE EX ART. 43 T.U. IN TEMA DI ESPROPRIAZIONE: IERI "VIA D'USCITA LEGALE" PER LE OCCUPAZIONI SINE TITULO, OGGI MONSTRUM GIURIDICO, BANDITO DALL'ORDINAMENTO GIURIDICO NAZIONALE*
- *IL RISPETTO DEI LIMITI VOLUMETRICI NELL'ESERCIZIO DELLO IUS AEDIFICANDI TRA STANDARDS URBANISTICI E CESSIONE DI CUBATURA*
- *L'EFFETTO SOSPENSIVO DELLA STIPULA DEL CONTRATTO PUBBLICO (LA C.D. CLAUSOLA DI "STAND STILL")*
- *ASSOCIAZIONE TEMPORANEA DI IMPRESE ED ASSOCIAZIONE PER COOPTAZIONE*
- *FOCUS SUL "COLLEGATO LAVORO"*
- *LE COMMISSIONI IMPLICITE NEI CONTRATTI DERIVATI "SWAP"*
- *LA LEGGE DI STABILITÀ ANNO 2011 – IL REGIME RESTRITTIVO DEI TRASFERIMENTI ERARIALI*
- *"FABBISOGNI E COSTI STANDARD CARDINI DEL FEDERALISMO FISCALE... SOSTENIBILE"*
- *IL SIGNIFICATO DI "ADIACENZA" DEI FONDI AI FINI DELL'ASSERVIMENTO*



Presidente Onorario: Pasquale de Lise

Segretario Generale Onorario: Filippo Gai

### DIREZIONE E REDAZIONE

Direttore: Enrico Michetti  
Direttore Responsabile: Marzia Romani  
Resp. rapporti istituzionali: Lubiana Restaini  
Segretari di Redazione: Antonio Pulcini e Davide Morbidelli  
Segretario Amministrativo: Enrico Diacetti  
Consulenza legale societaria: Luigi Marcelli

Vicedirettori: Valentina Romani e Paolo Pittori  
Caporedattore: Emanuele Riccardi  
Rapporti con la stampa: Franco Cardinale  
Impaginazione e Grafica: Gazzetta Tecnologie s.r.l.

Redattori: Maurizio Asprone (Innovazione tecnologica), Anna Cinzia Bartoccioni (Ambiente), Marco Benvenuti (Osservatorio Corte Costituzionale), Pasquale Colafemmina (Normativa d'impresa), Antonio Cordasco (Energia), Paolo Cortesini (Risorse Umane), Flora Cozzolino (Osservatorio Corte Costituzionale), Giuseppe Dall'Ozzo (Responsabilità), Michele De Cilla (Appalti), Fabrizio De Castris (Patti Territoriali), Maurizio Dell'Unto (Autorità), Stefano Di Giovan Paolo (Banche ed Assicurazioni), Daniele Fabbro (Vaticano), Andrea Iacobini (Comunicazione), Livio Lavitola (Edilizia), Francesco Lettera (Ambiente), Andrea Pistilli (Esecuzione dei Lavori Pubblici), Adriano Marini (Pubblico Impiego e Formazione del Personale), Federico Mazzella (Servizi Pubblici Locali), Simone Morani (Acqua), Salvatore Napolitano (Contratti della PA), Mario Nigro (Osservatorio Corte Costituzionale), Guglielmina Olivieri Pennesi (Patrimonio e Demanio), Stefano Olivieri Pennesi (Bilancio), Andrea Perrotta (Finanziamenti comunitari), Valentina Romani (Tributi e Fiscalità degli Enti Locali), Rosaria Salerno (Urbanistica), Fernando Santoriello (Protezione civile), Michele Scognamiglio (Finanza degli Enti Locali), Elisa Scotti (Lavori Pubblici), Michela Urbani (Espropriazioni).

### COMITATO ISTITUZIONALE

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

Coordinatore: Fabio Melilli

### COMITATO SCIENTIFICO

In corso di nuovo insediamento.

### HANNO PARTECIPATO

Rossana Airò, Tommaso Ajello, Giuseppe Antonacci, Filippo Barbagallo, Paolo Baroni, Maria Cristina Colacino, Lorena Caruso, Gian Paolo Cortese, Francesco Corvisieri, Diego De Magistris, Ilaria De Nicola, Ilaria Di Toro, Fabio Falco, Luca Fiasconaro, Eneide Grattacaso, Mariella Iacono, Marco Frascaroli, Alessandra Farruggio, Sergio Fifi, Giustino Lo Conte, Elisa Lori, Francesco Mambrini, Carolina Morici, Valentina Pavone, Daniela Pozzilli, Paola Pittelli, Gianluca Piccinni, Paolo Romani, Davide Siclari, Elisa Scozzo, Paola Tria, Domenico Tomassetti, Angela Turchiano, Raffaella Vaira, Rosa Valicenti, Antonella Zella

---

# SOMMARIO

---

## PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	4
<b>REDAZIONALI</b> .....	7
TAR MARCHE SEZ. I SENTENZA N. 3346 DEL 12.10.2010: LE E-MAIL NON COSTITUISCONO ATTI AMMINISTRATIVI <i>degli Avv.ti Antonio Cordasco e Marco Frascaroli</i> .....	7
DISTINZIONE TRA FUNZIONI POLITICHE E FUNZIONI AMMINISTRATIVE E RIFLESSI SULLA NORMATIVA DELLO SPOIL SISTEM ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 304 DEL 28.10.2010 <i>dell'Avv. Domenico Tomassetti</i> .....	9
INCOMPATIBILITÀ E DIVIETI NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI – AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 8 D.P.R. 168/2010 <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i> .....	12
PER ESSERE AMMESSI AD ENTRARE NEI COLLEGI DEI REVISORI CONTABILI DEI COMUNI NON DEVE ESSERE FATTA ALCUNA DISTINZIONE TRA RAGIONIERI E COMMERCIALISTI <i>dell'Avv. Maria Cristina Colacino</i> .....	17
IL RITORNO DEL PRINCIPIO DI MAGGIORE PROTEZIONE IN MATERIA DI PRELIEVO VENATORIO NELLE AREE CONTIGUE <i>della Dott.ssa Antonella Zella</i> .....	19
“FEDERALISMO DEMANIALE” E REGIME GIURIDICO DEI BENI PUBBLICI <i>del Dott. Giustino Lo Conte</i> .....	23
LE GESTIONI ASSOCIATE E GLI ENTI SOVRA COMUNALI TRA ECONOMICITÀ E SPRECO <i>della Dott.ssa Elisa Lori</i> .....	29
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	34
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) .....	34
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI (D. LGS. N. 267 DEL 2000) .....	38
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE <i>del Dott. Marco Benvenuti, della Dott.ssa Flora Cozzolino e dell'Avv. Mario Nigro</i> .....	47

## EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	58
<b>REDAZIONALI</b> .....	62
IL SIGNIFICATO DI “ADIACENZA” DEI FONDI AI FINI DELL'ASSERVIMENTO <i>del Prof. Avv. Enrico Michetti</i> .....	62
PARCHI EOLICI – LE COMPETENZE REGIONALI <i>degli Avv.ti Luca Fiasconaro ed Antonio Cordasco</i> .....	64
I PARAMETRI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DEL REATO DI OMESSA BONIFICA <i>degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi</i> .....	66
L'ACQUISIZIONE SANANTE EX ART. 43 T.U. IN TEMA DI ESPROPRIAZIONE: IERI “VIA D'USCITA LEGALE” PER LE OCCUPAZIONI SINE TITULO, OGGI MONSTRUM GIURIDICO, BANDITO DALL'ORDINAMENTO GIURIDICO NAZIONALE <i>della Dott.ssa Valentina Pavone</i> .....	71
IL RISPETTO DEI LIMITI VOLUMETRICI NELL'ESERCIZIO DELLO IUS AEDIFICANDI TRA STANDARDS URBANISTICI E CESSIONE DI CUBATURA <i>della Dott.ssa Raffaella Vaira</i> .....	76
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	82



URBANISTICA .....	82
EDILIZIA .....	86
ABUSI EDILIZI .....	91
PAESAGGIO .....	92
ESPROPRIAZIONI .....	95
AMBIENTE .....	98
OSSERVATORIO PENALE .....	101

## CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	103
<b>REDAZIONALI</b> .....	106
L'EFFETTO SOSPENSIVO DELLA STIPULA DEL CONTRATTO PUBBLICO (LA C.D. CLAUSOLA DI "STAND STILL") <i>dell'Avv. Salvatore Napolitano</i> .....	106
QUANDO LE STAZIONI APPALTANTI POSSONO COMMINARE LA "TRIPLICE SANZIONE"? <i>dell'Avv. Paola Tria</i> .....	112
ASSOCIAZIONE TEMPORANEA DI IMPRESE ED ASSOCIAZIONE PER COOPTAZIONE <i>dell'Avv. Paola Pittelli</i> .....	114
LA GESTIONE ASSOCIATA DI SERVIZI E FUNZIONI COMUNALI <i>dell'Avv. Federico Mazzella</i> .....	117
OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE: DISCIPLINA DEI PAGAMENTI NEI CONTRATTI PUBBLICI DI FORNITURE E SERVIZI <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto</i> .....	124
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	134
CONTRATTI PUBBLICI <i>degli Avv.ti Eneide Grattacaso, Paola Tria e del Dott. Francesco Mambrini</i> .....	134
SERVIZI PUBBLICI LOCALI <i>dell'Avv. Federico Mazzella</i> .....	136

## PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	144
<b>REDAZIONALI</b> .....	149
FOCUS SUL "COLLEGATO LAVORO" <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i> .....	149
APPLICABILITÀ ALLE REGIONI E AGLI ENTI LOCALI DELLE NORME DEL D. LGS. N.150/2009 ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>dell'Avv. Fabio Falco</i> .....	156
RICORSO PER L'EFFICIENZA ED EFFICIENZA DEL RICORSO <i>del Dott. Tommaso Ajello</i> .....	159
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	166
<i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i> .....	166

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

<b>NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI</b> .....	173
<b>REDAZIONALI</b> .....	182
LE COMMISSIONI IMPLICITE NEI CONTRATTI DERIVATI "SWAP" <i>del Dott. Michele Scognamiglio e del Dott. Paolo Baroni</i> .....	182
LA LEGGE DI STABILITÀ ANNO 2011 – IL REGIME RESTRITTIVO DEI TRASFERIMENTI ERARIALI <i>del Dott. Michele Scognamiglio</i> .....	186



---

<b>"FABBISOGNI E COSTI STANDARD CARDINI DEL FEDERALISMO FISCALE... SOSTENIBILE"</b>	
<i>del Dott. Stefano Olivieri Pennesi</i> .....	192
<b>GIURISPRUDENZA</b> .....	198

# PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **DAL 1.1.2011, LE PUBBLICAZIONI DI MATRIMONIO E L'AVVISO CONTENENTE IL SUNTO DELLE DOMANDE DI CAMBIAMENTO DEL NOME O DEL COGNOME DOVRANNO AVVENIRE SOLO ED ESCLUSIVAMENTE NEI SITI INFORMATICI DI CIASCUN COMUNE**

*Si fa seguito alle precedenti circolari di questa direzione centrale, richiamate in oggetto, relative agli avvisi da effettuare al fine degli atti di stato civile di cui all'art. 32 della l. 18.6.2009, n. 69, premettendo che, come noto, per la pubblicazione di matrimonio e per l'avviso contenente il sunto della domanda di modifica del nome o del cognome non sono stati disposti rinvii nel recente decreto legge di proroga termini. Pertanto, a far data dal 1.1.2011, le pubblicazioni di matrimonio e l'avviso contenente il sunto delle domande di cambiamento del nome o del cognome, curati da parte delle amministrazioni comunali, dovranno avvenire solo ed esclusivamente nei siti informatici di ciascun comune. All'uopo si richiamano in particolare le direttive emesse nella citata circolare n. 29 del 15.12.2009 con riguardo alla cura richiesta a ciascun comune di "assicurare che i predetti avvisi siano riportati in una sezione del proprio sito web chiaramente accessibile al pubblico", e che "nell'atto così pubblicato dovrà essere indicato l'adempimento degli eventuali obblighi fiscali da parte dell'utente, previsti dalla legge".* Resto fermo quanto previsto dall'art. 57, co. 2, del d.P.R. n. 396/2000 relativamente alla necessità di archiviare l'attestazione relativa alla esecuzione delle pubblicazioni di matrimonio e alla mancanza di opposizioni, nonché quanto previsto dall'art. 86, co. 1, e dall'art. 90, secondo capoverso, di cui al citato d.P.R. n. 396, circa la necessità di una re-

*lazione che attesti l'avvenuta affissione della domanda di cambiamento del nome o del cognome (Circolare n. 1 del 5.1.2011 ministero dell'interno).*

«..... GA.....»

### **DIVIETO DI ESERCIZIO CONCOMITANTE DELLA PROFESSIONE DI AVVOCATO E DELL'IMPIEGO PRESSO ENTI SOGGETTI A TUTELA O A VIGILANZA DELLA REPUBBLICA ITALIANA O DEI SUOI ENTI LOCALI**

*... 50. Orbene, il fatto che uno Stato membro prescriva agli organi di un'associazione professionale quali i consigli dell'Ordine degli Avvocati dei differenti fori di procedere d'ufficio alla cancellazione dell'iscrizione all'albo degli Avvocati dei membri di tale professione che siano anche dipendenti pubblici a tempo parziale e che non abbiano operato, entro un termine fisso, vuoi per il mantenimento dell'iscrizione a detto albo, vuoi per il mantenimento della relazione di lavoro con l'ente pubblico presso il quale sono impiegati, non è idoneo a dimostrare che tale Stato membro abbia revocato alla propria normativa il suo carattere pubblico. Infatti, i consigli dell'Ordine non hanno alcuna influenza per quel che riguarda l'adozione d'ufficio, prescritta per legge, delle decisioni di cancellazione.*

*51 Per motivi analoghi, non si può ritenere che una normativa nazionale come quella in questione nella causa principale imponga o agevoli accordi in contrasto con l'art. 81 CE.*  
*52 Tali considerazioni non sono affatto inficcate né dall'art. 3, n. 1, lett. g), CE, che prevede l'azione dell'Unione europea per quanto concerne un regime che assicuri che la con-*

*correnza non sia falsata nel mercato interno, né dagli artt. 4 CE e 98 CE, che mirano all'instaurazione di una politica economica nel rispetto del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza... . (Corte Giustizia Europea, 2.12.2010).*

«..... GA.....»

### **IL DIRITTO DEL CONSIGLIERE NON TROVA ALCUNA LIMITAZIONE DERIVANTE DALLA NATURA RISERVATA DELLE INFORMAZIONI UTILI ALL'ESPLETAMENTO DEL MANDATO**

*... il diritto del Consigliere comunale ad ottenere dall'ente tutte le informazioni utili all'espletamento del mandato non incontra, alcuna limitazione, derivante dalla loro natura riservata, atteso che il Consigliere è tenuto al segreto d'ufficio (CdS, V, 2716/04).*

*Eventuali manipolazioni costituiscono, infatti, illecito penale ai sensi dell'art. 167 del d. lgs. 196/03... (TAR Campania, Na, VI, 26573/10).*

«..... GA.....»

### **LEGITTIMO ESTENDERE LA LEGGE BRUNETTA A REGIONI ED ENTI LOCALI, RELATIVAMENTE AL CONFERIMENTO DI INCARICHI DIRIGENZIALI A SOGGETTI ESTERNI NON APPARTENENTI AI RUOLI**

*In particolare, l'art. 19, co. 6, d. lgs. n. 165 del 2001 contiene una pluralità di precetti relativi alla qualificazione professionale ed alle precedenti esperienze lavorative del soggetto esterno, alla durata massima dell'incarico (e, dunque, anche del relativo contratto di lavoro), all'indennità che – a integrazione del trattamento economico – può essere attribuita al privato, alle conseguenze del conferimento dell'incarico su un eventuale preesistente rapporto di impiego pubblico e, infine, alla percentuale massima di incarichi conferibili a soggetti esterni (il successivo co. 6 bis contiene semplicemente una prescrizione in tema di modalità di calcolo di quella percentuale). Tale disciplina non riguarda, pertanto, né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scel-*

*ta delle modalità di costituzione di quel rapporto giuridico. Essa, valutata nel suo complesso, attiene ai requisiti soggettivi che debbono essere posseduti dal contraente privato, alla durata massima del rapporto, ad alcuni aspetti del regime economico e giuridico ed è pertanto riconducibile alla regolamentazione del particolare contratto che l'amministrazione stipula con il soggetto ad essa esterno cui conferisce l'incarico dirigenziale. Non sussiste, dunque, violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 119 cost., appunto perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale (Corte Costituzionale n. 324/2010).*

«..... GA.....»

### **LEGITTIMA LA REVOCA DELLA DELIBERA COMUNALE A SEGUITO DELLA MODIFICA DELLE NORMATIVE SUCCESSIVAMENTE INTERVENUTE**

*Al riguardo, si osserva che con l'entrata in vigore dell'art. 21 quinquies della l. n. 241/90 il legislatore ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che legittimano l'adozione di un provvedimento di revoca: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi).*

*La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, consentita non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (Cfr. CdS, VI, 17.3.2010, n. 1554). Nel caso di specie, la motivazione del provvedimento di revoca è costituita essenzialmente da una nuova valutazione dell'interesse pubblico rivolto a dettare organica e diversa pianificazione del territorio comunale.*

*Considerato che nell'esercizio del c.d. jus poenitendi l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, non può ritenersi inadeguata la motivazione posta a fondamento della revoca*



*in esame. Va aggiunto che la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di a-*

*gire per ottenere l'indennizzo (Cfr. la decisione di questa Sezione, 21.4.2010, n.2244), come in concreto avvenuto in questo caso. (CdS 7334/2010).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

### TAR MARCHE SEZ. I SENTENZA N. 3346 DEL 12.10.2010: LE E-MAIL NON COSTITUISCONO ATTI AMMINISTRATIVI

degli Avv.ti Antonio Cordasco e Marco Frascaroli

*Gli atti dei soggetti privati sono suscettibili di accesso ai documenti solo se non incidono sulla determinazione finale che sarà assunta dalla PA*

La sentenza in commento ha preso in esame la questione relativa alla ostensibilità, ai sensi della l. 241/90 e s.m.i., degli atti dei privati detenuti dalla PA ed inseriti materialmente nell'ambito di un procedimento Amministrativo.

La questione è quindi volta a chiarire se gli atti provenienti da soggetti privati, coinvolti in un procedimento amministrativo, siano o meno ostensibili al fine di poterne ottenere il diritto di accesso.

L'intera disciplina dell'accesso è stata originariamente introdotta nel 1990 con la nota l. n. 241. Tale disciplina è volta a garantire, in primo luogo, proprio il controllo dell'efficienza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa da parte dei soggetti titolari di un interesse giuridico qualificato volto a verificare la correttezza dell'azione stessa da parte della PA.

L'oggetto del diritto di accesso, in particolare, può riguardare i “documenti amministrativi” ovvero, secondo la definizione fornita dall'art. 22, co. 2, della l. n. 241/90 gli atti “formati” dalla pubblica amministrazione, che è il soggetto destinatario dell'esercizio di tale diritto.

In tale contesto, gli atti che provengono da soggetti privati e che al contempo ineriscano l'azione amministrativa sono equiparabili ai documenti amministrativi, con la conseguenza che gli stessi sono suscettibili di ostensione, solo se ed in quanto “utilizzati ai fini dell'attività amministrativa”, ovvero sia allor-

ché, indipendentemente dalla caratterizzazione soggettiva, abbiano avuto un'incidenza nelle determinazioni amministrative (cfr. CdS, VI, 16.12. 1998, n.1683).

Infatti, in tali casi di interdipendenza tra atto del privato ed attività della pubblica amministrazione, si è ritenuto che la difesa degli interessi privati su cui incide l'attività amministrativa, non possa prescindere dalla conoscenza anche degli atti dei terzi che ne sono stati a presupposto, ciò ovviamente nel rispetto di quanto imposto dal diritto alla riservatezza comparato con quello volto a tutelare l'interesse alla visione degli atti e, quindi, avuto riguardo in particolare ai limiti imposti dal d. lgs. n. 196 del 2003, agli artt. 7 e segg..

Va, invece, escluso che la normativa sull'accesso ai documenti possa essere invocata per accedere agli atti dei privati che siano occasionalmente detenuti dall'amministrazione o siano entrati in possesso di quest'ultima per contiguità o non scorponabilità con documenti direttamente utilizzati per l'attività amministrativa (Cfr. CdS, VI, n. 191/2001).

Ed, invero, se così fosse l'ostensione dei documenti privati sarebbe possibile per il solo fatto che essi si trovino presso un soggetto pubblico, mentre rimarrebbe in secondo piano la necessità, invero essenziale, della sussistenza del carattere di incidenza del documento privato sull'attività amministrativa posta in essere.

Peraltro la questione sottoposta all'esame

del giudicante nella fattispecie concreta è volta a censurare il diniego opposto dall'Ordine degli Avvocati di Ancona all'ostensione degli atti facenti parte del fascicolo aperto a carico del ricorrente, per una presunta violazione al codice deontologico nell'esercizio dell'attività professionale.

Invero, a seguito di chiarimenti richiesti dal competente Ordine Professionale di appartenenza, il ricorrente inoltrava istanza di accesso, per conoscere gli atti contenuti nel fascicolo del relativo procedimento.

Intervenuto quindi l'accesso richiesto, il ricorrente constatava che nel fascicolo richiesto, vi erano anche *e-mail* scambiate tra parti private di cui si chiedeva l'ostensione, previa impugnativa del provvedimento di diniego frattanto interposto dagli Organi Amministrativi competenti.

Il Giudice Amministrativo, con la sentenza in commento ha respinto il ricorso proposto, precisando che, per un verso che l'utilizzo di un certo mezzo di trasmissione del pensiero (nella specie, la *e-mail*) non necessariamente influisce sulla natura giuridica dell'attività amministrativa che ne consegue e, per altro verso, è altrettanto vero che nella presente vicenda i messaggi di posta elettronica summenzionati non costituiscono atti amministrativi ai sensi e per gli effetti degli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990, non entrando in diretta dipendenza logico-giuridica con la conseguente attività amministrativa espletata. In effetti, si

ritiene in sentenza che si tratta di comunicazioni private non dirette all'Organismo forense deputato all'accertamento di eventuali violazioni deontologiche né in alcun modo connesse con le decisioni dallo stesso adottate all'esito dell'istruttoria, anche se esse riguardano la vicenda per la quale il ricorrente era stato invitato a fornire chiarimenti. Né tanto meno risulta che l'Organo competente si sia determinato a chiedere chiarimenti sulla base delle prefate comunicazioni;

Pertanto, una volta acclarata l'inconferenza di tali documenti rispetto alle decisioni adottate e quindi la loro sostanziale irrilevanza causale in relazione alle determinazioni adottate nei confronti del proprio iscritto, il Consiglio dell'Ordine ha provveduto legittimamente ad espungere i documenti in parola dal fascicolo aperto sul ricorrente, motivo per cui non può nemmeno dirsi che tali atti saranno utilizzati nella sua attività di rilievo amministrativo.

E d'altra parte, la giuridica e materiale inutilizzabilità di tali atti nell'eventuale procedimento disciplinare che venisse aperto a carico del ricorrente determina a sua volta l'irrilevanza della conoscenza degli stessi per il ricorrente medesimo, anche ai fini dell'esercizio del proprio diritto di difesa, il quale potrà dunque considerarsi integralmente esercitabile indipendentemente da documenti aventi rilevanza, come detto, meramente privata e non amministrativa.

«.....GA.....»

## DISTINZIONE TRA FUNZIONI POLITICHE E FUNZIONI AMMINISTRATIVE E RIFLESSI SULLA NORMATIVA DELLO *SPOIL SYSTEM* ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 304 DEL 28.10.2010

dell'Avv. Domenico Tomassetti

*La sentenza n. 304/2010 ammette l'utilizzo dello spoil system nei confronti del personale che fa parte di uffici di diretta collaborazione con l'organo politico, che definisce "di staff"*

La distinzione tra funzioni politiche e funzioni amministrative nel nostro sistema normativo è imposta, prima di tutto, dall'art. 97 della costituzione.

Tale norma infatti, nel pretendere che l'azione amministrativa sia imparziale ed efficiente, dispone che (i) i pubblici uffici siano organizzati da personale scelto per la propria professionalità in seguito ad uno specifico procedimento ad evidenza pubblica, nonché - sempre al fine del buon andamento - che (ii) i pubblici dipendenti, in quanto all'esclusivo servizio della Nazione, non possano essere rimossi se non in seguito ad un procedimento che ne accerti la responsabilità.

Corollario di quanto su esposto è che la giurisprudenza costituzionale, ma anche quella amministrativa e lavoristica, hanno costantemente sancito l'illegittimità dello *spoil system* applicato nei confronti di personale dirigenziale che svolgesse compiti di amministrazione attiva.

Sono ormai storiche, al riguardo, le pronunzie della C. cost. n. 103 e n. 104 del 23.3.2007, ove si afferma che la revoca di incarichi dirigenziali che siano espressione di funzioni amministrative "può essere disposta solo per inadempienze lavorative e previo avviso di inizio del procedimento", proprio al fine di evitare ogni automatico recesso dall'incarico svincolato dal rendimento del dirigente e senza contraddittorio (Cfr. anche C. cost., n. 161 del 20.5.2008).

La sentenza della C. cost. n. 304 del 28.10.2010 ribadisce questo concetto, ma fa una particolare distinzione tra le funzioni prettamente dirigenziali e quelle c.d. di *staff*: infatti afferma che lo *spoil system* è consentito laddove sia effettuato nei confronti di chi

svolge funzioni di diretta collaborazione (uffici di *staff*) con l'organo politico: "i meccanismi di decadenza automatica dei rapporti dirigenziali in corso 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; ma il personale che fa parte degli uffici di diretta collaborazione col Ministro ("c.d. uffici di staff"), essendo nominato intuitu personae, senza predeterminazione di alcun rigido criterio che debba essere osservato nell'adozione dell'atto di assegnazione all'ufficio, allo stesso modo - e simmetricamente - può essere rimosso in qualunque momento, qualora sia venuta meno la fiducia che deve caratterizzare in maniera costante lo svolgimento del rapporto".

È, quindi, chiaro che l'illegittimità dello *spoil system* nel nostro ordinamento trova una consistente eccezione allorché le funzioni svolte dal dirigente siano "politiche" e caratterizzate, tanto nella costituzione che nella costanza del rapporto, esclusivamente dall'elemento fiduciario.

Ne consegue che è di fondamentale importanza tracciare una distinzione tra funzioni politiche e funzioni amministrative, in quanto, alla luce della sentenza n. 304/2010, la automatica mancata conferma nelle mansioni appartenenti alla prima categoria è legittima solo qualora il dirigente rimosso senza contraddittorio e senza motivazione ha effettivamente svolto funzioni di raccordo e/o *staff* con il vertice politico e non già funzioni di

amministrazione attiva.

L'interprete è, quindi, chiamato a comprendere, alla luce della normativa vigente, quali funzioni, all'interno delle amministrazioni pubbliche (quindi anche delle regioni e degli enti locali), possano essere definite "politiche" e, conseguentemente, quali dirigenti (che svolgono dette funzioni) possano essere rimossi senza le garanzie procedurali che la giurisprudenza ha ricostruito in favore dei dirigenti, anche apicali, che svolgono, invece, funzioni amministrative.

La sentenza in esame identifica le funzioni politiche in quelle che si esplicano nell'integrazione, sviluppo e coordinamento dei compiti di indirizzo politico e di riparto delle risorse economiche che ai sensi degli artt. 4 e 14 del d. lgs. n. 165/2001 competono ai Ministri.

Lo stesso principio deve essere applicato anche alle regioni ed agli enti locali, ove il Presidente della Giunta (ovvero il Sindaco) svolge certamente funzioni di indirizzo e coordinamento politico nei confronti degli uffici di sua stretta collaborazione, sì che i dirigenti all'uopo preposti possono essere nominati esclusivamente *intuitu personae*.

Pur esistendo una copiosa giurisprudenza che afferma l'illegittimità della revoca ad nutum di dirigenti apicali di regioni ed enti locali, va segnalata una recente pronuncia del Consiglio di Stato che si pone nello stesso solco della sentenza della Corte n. 304/2010, lasciando intendere che lo *spoil system* possa essere applicato a rapporti costituiti e retti, anche in amministrazioni regionali, esclusivamente dall'elemento fiduciario (CdS, V,10.9.2010, n.6539).

Peraltro anche la citata sentenza della C. cost. n. 104/2007 già, *in nuce*, conteneva il medesimo principio.

Per far meglio comprendere, allora, la distinzione tra funzioni politiche e funzioni amministrative, la sentenza n. 304/2010 individua la distinzione tra "uffici di staff" e "uffici di line".

I primi sarebbero caratterizzati dal fatto che sono composti da personale di diretta collaborazione dell'organo politico, il quale svolge, pertanto una funzione di raccordo o cerniera con gli organi di amministrazione attiva,

cioè con i dirigenti preposti agli uffici di line.

I soggetti preposti alla direzione degli uffici di *staff* - ma (e in questo sta un'ulteriore innovazione della sentenza in esame) anche i soggetti che semplicemente ne fanno parte - sono legati da uno stretto rapporto di fiducia con l'organo politico, sia esso il Ministro, il Presidente della regione, della provincia o il Sindaco.

Insomma si tratta di incarichi affidati *intuitu personae* per l'assolvimento di funzioni politiche per i quali, dato il carattere propedeutico alla funzione di amministrazione attiva (che da essa trae gli indirizzi, le direttive e gli strumenti economici e operativi), l'ordinamento concede un'eccezione: tali incarichi sono conferiti senza pubblico concorso e solo sulla base dell'elemento fiduciario e possono essere revocati se *l'intuitu personae*, al mutare degli organi politici (ma non solo), venga meno nel corso del rapporto, prima della naturale scadenza fissata dal contratto di lavoro.

In altri termini, far parte di un ufficio di stretta collaborazione con l'organo politico comporta il venir meno di ogni aspettativa di garanzia procedurale tanto nella costituzione del rapporto che nella cessazione dei suoi effetti, rendendo legittimo - venuto meno il rapporto fiduciario che giustifica la costanza del sinallagma contrattuale - un utilizzo automatico dello *spoil system*.

Ovviamente, affinché l'applicazione dello *spoil system* non determini alcun problema nella gestione del sotteso rapporto lavorativo, nel contratto di assunzione il lavoratore, che svolgerà un incarico in posizione di staff, deve essere reso edotto dalla possibilità della revoca *ad nutum* dell'incarico stesso e deve accettare espressamente detta clausola.

Invece la necessità di assicurare che le funzioni amministrative dirigenziali, espresse dai dirigenti dei c.d. "uffici di line", siano esercitate imparzialmente, con continuità, efficientemente e con economia di mezzi e strumenti, ha condotto la giurisprudenza, soprattutto costituzionale, a negare con forza ogni cittadinanza nel nostro ordinamento allo *spoil system*.

Tuttavia la sentenza n. 304/2010, pur delineando per sommi capi in cosa consistano le funzioni politiche svolte da pubblici dipen-

denti, non definisce in che cosa concretamente si sostanzino le funzioni di staff.

Tale circostanza non è di poco momento, in quanto se è vero che per lo svolgimento delle funzioni di staff è consentito lo strumento dello *spoil system*, è altrettanto vero che si tratta di un'ipotesi eccezionale che non può condurre ad un utilizzo di tale automatico meccanismo di recesso dal contratto individuale di lavoro.

È, quindi, auspicabile una positiva e specifica definizione delle funzioni politiche proprie degli uffici di staff, al fine di non dare luogo ad un utilizzo surrettizio di un istituto -

lo *spoil system* - che si pone in palese ed accertato contrasto con l'art. 97 della costituzione. Tale intervento, oltre che dall'interpretazione giurisprudenziale delle norme esistenti, potrebbe derivare anche dall'iniziativa del legislatore che, così, porrebbe fine (*rectius* porrebbe un argine sostenibile) al conferimento di incarichi *intuitu personae* a soggetti esterni all'amministrazione chiamati, esclusivamente su vincolo fiduciario, a svolgere funzioni che, nel loro pratico esplicarsi, si configurano come di amministrazione attiva e non già di cerniera tra quelle politiche e quelle meramente dirigenziali.

«.....GA.....»

# INCOMPATIBILITÀ E DIVIETI NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI – AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 8 D.P.R. 168/2010

dell'Avv. Gianluca Piccinni

*Sommario: 1. Premessa. 2. Il nuovo regime dei divieti e delle incompatibilità stabilito dall'art. 8 d.P.R. n. 168/2010: ambito applicativo. I servizi pubblici strumentali distinzione con i servizi pubblici generali. 3. Considerazioni finali*

## **1. Premessa e quadro generale d.P.R. 168/10.**

L'odierno articolo vuole rappresentare una rapida sintesi dell'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a seguito dell'approvazione del regolamento di attuazione n. 168/2010 previsto dall'art. 23 bis, co. 10, del d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, con particolare riferimento alle nuove ipotesi di incompatibilità per gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici e dei servizi degli enti locali.<sup>1</sup>

Va innanzitutto segnalato che, nonostante i vari emendamenti, diverse sono state le critiche mosse al testo, soprattutto dal Consiglio di Stato in sede di parere preventivo ed in seguito anche da parte della C. cost., con riguardo all'art. 5 d.P.R. cit..

La Corte, infatti, con sentenza n. 325/10, ha di fatto abrogato l'art. 5 del regolamento nella parte in cui prevedeva l'applicazione delle norme sul patto di stabilità interno dei comuni anche nei confronti delle società affidatarie *in house* dei servizi pubblici locali.<sup>2</sup>

L'intento del legislatore, dunque, di fornire un quadro completo, certo e unitario della materia dei servizi pubblici locali, proprio in ragione delle ovvie ricadute che questa genera sulle dinamiche economiche e sociali, sembra solo in parte riuscito, come dimostra il fatto che si è già reso necessario un primo

<sup>1</sup> Com'è noto, il regolamento di attuazione è stato pubblicato sulla G.U. in data 12.10.2010.

<sup>2</sup> C. cost., n. 325/2010 è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale della lettera a), dell'art. 23 bis, co. 10, del d.l. n. 112/2008 s.m.i..

intervento correttivo, con l'emanazione dell'art. 14, co. 32 del d.l. n. 78/10, conv. con modificazioni in l. 122/10.

In particolare, con tale disposizione è stato introdotto il divieto di costituire società aventi ad oggetto lo svolgimento di servizi pubblici per i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti.

In particolare, il co. 32 dell'art. 14 prevede che «fermo quanto previsto dall'art. 3, co. 27, 28 e 29, della l. n. 24.12.2007, n. 244, i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società» e che *entro il 31.12.2011 gli enti mettano in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero ne cedano le partecipazioni*”.

La norma precisa che il divieto non si applica ai Comuni che costituiscano società con «partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti» e che i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società, anche in questo caso stabilendo l'onere di mettere in liquidazione le altre società costituite in precedenza, sempre entro il 31.12.2011.

In sede di conversione, inoltre, il Parlamento ha stabilito che «Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di

*esclusione dal relativo ambito di applicazione*». In relazione alla norma citata possono sorgere dubbi interpretativi sia a causa del tenore letterale della disposizione nella quale l'inciso iniziale «fermo quanto previsto dall'art. 3, coo 27, 28 e 29, della l. 24.12.2007, n. 244» sembra prestarsi a letture divergenti ed opposte che in ragione dei molteplici interventi legislativi che negli ultimi anni hanno introdotto alcune regole dirette a disciplinare le possibili modalità di partecipazione degli enti locali nelle società di capitali.

In sostanza, il co. 32 dell'art. 14 potrebbe essere oggetto di letture contrastanti, come peraltro è accaduto già nel breve periodo di vigenza della disposizione, destinate ad incidere profondamente sulla portata della norma e che, in linea di massima sono sintetizzabili nei termini che seguono. Secondo una prima tesi avallata da numerosi commentatori, la norma in questione limiterebbe ma non vieterebbe la possibilità per gli enti locali, anche con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, di costituire società di capitali e di detenere partecipazioni azionarie. Infatti, siccome la norma fa salva la previsione contenuta nell'art. 3, co. 27 della l. n. 244 del 2007 che dispone che «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società» ne conseguirebbe che tali società potrebbero ancora essere costituite dagli enti locali e che il nuovo divieto opererebbe solo in relazione a partecipazioni di natura diversa. Al contrario, in base ad una lettura letterale e restrittiva della norma è stato ritenuto che i comuni e le province con meno di 30.000 abitanti non possono detenere più alcuna nuova partecipazione azionaria e debbono dismettere, sia pure nei tempi previsti dalla norma, quelle che possiedono attualmente.

A sostegno di questa posizione è stato richiamato il tenore letterale della disposizione in base al quale «i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società», fatta salva la possibilità prevista dalla stessa norma (partecipazione di più enti con popolazione complessiva superiore ai 30.000 abitanti). Invero, sia l'una che l'altra tesi sollevano non poche perplessità e dubbi

perché sembrano trascurare, la prima, la finalità che ha animato il legislatore in questi anni di addivenire ad una progressiva limitazione dell'utilizzo dello strumento societario e, la seconda, il fatto che lo stesso legislatore nazionale e regionale, in questi anni, ha previsto che in alcuni casi servizi od attività di pertinenza degli enti locali debbano essere svolti per il tramite di società di capitali.

Ciò che appare indubitabile, invece, è, da un lato, che la norma in questione ha carattere generale ed è diretta a disciplinare la partecipazione dei comuni nelle società di capitali e, dall'altro, che il legislatore non ha inteso abrogare la precedente normativa di carattere generale contenuta nell'art. 3, co. 27, ma, al contrario, ha inteso mantenere entrambe le discipline prevedendo che da una loro lettura coordinata possa ricavarci la regola che dovrà essere seguita dai comuni.

Le due disposizioni, infatti, operano su piani distinti: l'art. 3, co. 27 su quello della finalità e degli scopi che l'ente può raggiungere con la partecipazione societaria e l'art. 14, co. 32 sul piano numerico ed operativo, con la previsione che, in ogni caso, ciascun ente non potrà detenere un numero di partecipazioni superiore a quello previsto dalla norma.

Con l'ovvia conseguenza che l'inciso «fermo quanto previsto dall'art. 3, coo. 27, 28 e 29, della l. 24.12.2007, n. 244» non può che significare che nei limiti numerici delle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alla previsione contenuta nell'art. 14, co. 32 le stesse dovranno, comunque, essere conformi ai canoni previsti dall'art. 3, co. 27 della l. finanziaria per il 2008.

## **2. Il nuovo regime dei divieti e delle incompatibilità stabilito dall'art. 8 d.P.R. 168/2010: ambito applicativo.**

Venendo all'esame delle novità introdotte dal d.P.R. n. 168/10, quella che più interessa ai fini del nostro discorso riguarda i divieti e le incompatibilità stabilite all'art. 8.

Per inquadrare correttamente la questione occorre innanzitutto precisare che detta disposizione (come l'intero regolamento) non trova applicazione (ai sensi dell'art. 1, co. 3) nei confronti delle società che svolgono i ser-



vizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'art. 13, co. 1 del d.l. n. 223/06 convertito, con modificazioni, dalla l. 248/06. La definizione di società “*strumentali*” viene fornita dall'art. 13 d.l. 223/2006 n. 223 conv. in l. 248/2006 (cd. decreto Bersani)<sup>3</sup>.

La norma limita l'attività delle società costituite dagli enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dei medesimi enti, che possono svolgere l'attività solo a beneficio dell'ente costituente e affidante.

Detta disposizione è diretta, nella logica di tutela del libero mercato, a evitare qualunque forma di vantaggio in capo a tali società.

Dal divieto di svolgere prestazioni per soggetti diversi sono invece escluse le società affidatarie di servizi pubblici locali.

La giurisprudenza amministrativa ha definito strumentali all'attività dei detti enti, con esclusione, come ricordato, dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Le società strumentali sono, infatti, strutturate costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico. Si distinguono, pertanto, da quelle costituite per l'erogazione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente e in via immediata esigenze generali della collettività<sup>4</sup>.

Il legislatore ha evidentemente inteso evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e assicurare condizioni di parità tra gli operatori, impedendo che società formalmente privatizzate, ma soggette ad influenza dominante dei pubblici poteri, possano operare liberamente sul mercato traendo vantaggio dal

<sup>3</sup> l'art. 13 l.cit. “*al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali (...)*”

<sup>4</sup> cfr. CdS, 12.6.2009 n. 3766; idem, 14.4.2008, n. 1600;

regime speciale di cui godono<sup>5</sup>.

Fatta questa debita premessa, l'art. 8 del regolamento attuativo fissa alcuni divieti ed incompatibilità che colpiscono taluni soggetti. In particolare, il co. 1 dell'art. 8 prevede che “*(...) 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 (...)*”.

Il successivo co. 2 chiarisce che *tale divieto opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati nel precedente comma 1, 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 (...)*”.

I coo. da 3 a 5 cristallizzano alcune cause di incompatibilità. In particolare, viene stabilito che 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 TUEL, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

Inoltre, 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.

Parimenti, 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

<sup>5</sup> cfr. C. conti, Veneto, parere 19.6.2009, n. 106

gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

I coo. da 6 a 8, sempre riguardo la composizione della commissione giudicatrice, prevedono una serie di ulteriori prescrizioni interdittive.

Infatti, viene stabilita l'esclusione da futuri incarichi di commissario a carico di quegli amministratori di società partecipate da enti locali che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'art. 77 TUEL, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

A questo si aggiunga che 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.

Infine, per coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, scatta il divieto di nomina a componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

Tuttavia, le disposizioni contenute nell'art. 8 troveranno applicazione soltanto nei confronti delle nomine e degli incarichi da conferire dopo il varo del regolamento di attuazione facendo salve tutte le posizioni pregresse.

Al riguardo, per completezza va segnalato che il Consiglio di Stato, in sede di parere preventivo sullo schema di d.P.R.<sup>6</sup>, ha chiesto l'eliminazione del co. 8 dell'art. 8 nella parte in cui stabiliva la deroga al divieto di far parte della commissione di gara per i dipendenti dell'ente locale che la indice nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale stesso per violazione del principio di imparzialità.

L'invito del Consiglio di Stato è stato, come abbiamo poc'anzi rilevato, prontamente recepito, tant'è che nella stesura definitiva del decreto non vi è traccia di detta deroga.

### 3. Considerazioni finali.

<sup>6</sup> CdS, 24.5.2010, n. 2415, parere sez. cons. Atti normativi

La nuova riforma dei servizi pubblici locali non sembra aver sciolto tutti i nodi relativi alla gestione dei servizi pubblici locali e, segnatamente, alle società miste e alle società *in house*. Come giustamente osservato dal Consiglio di Stato in sede di parere preventivo, il regolamento presta il fianco a numerose critiche. In particolare, è sufficiente pensare alla soglia dei duecentomila euro annui che rappresenta il parametro di riferimento al di sotto del quale non è richiesto il parere dell'Agcom.

Invero, il Consiglio di Stato suggeriva di modificare la norma nel senso di rendere obbligatorio il parere dell'Agcom per quei servizi di importo superiore ai 200.000,00 euro annui, qualora la popolazione non sia superiore a 50.000 abitanti e a 50.000 euro annui qualora la popolazione interessata non sia superiore a 50.000 unità. La soluzione scelta dal regolamento, non è delle migliori e sarà foriera di non pochi danni all'attività di vigilanza che dovrà svolgere l'Autorità: quest'ultima, infatti, si troverà "costretta" a fornire una moltitudine di pareri, anche per affidamenti di servizi di modesta entità, da parte dei piccoli comuni tanto da vanificarne il compito di controllo con conseguente eliminazione dei c.d. affidamenti *in house*.

Non solo, stando all'interpretazione prevalente, detto parere dell'Autorità sarebbe «obbligatorio, ma non vincolante»; ciò significa che l'ente affidante, anche in caso di parere sfavorevole dell'antitrust, potrebbe comunque procedere all'affidamento *in house*, motivando adeguatamente la propria scelta (soggetta naturalmente al sindacato del giudice amministrativo). Altra questione non risolta, come abbiamo visto al precedente punto 1, resta quella della possibilità o meno per i comuni con meno di trentamila abitanti di poter costituire delle società pubbliche, a seguito dell'articolo 14, co. 32, della l. n. 122/2010.

Come anticipato nel precedente paragrafo 1, l'espresso richiamo all'art. 3, coo. 27, 28 e 29 della l. n. 244/2007, dovrebbe escludere l'applicabilità del divieto in merito alla costituzione di quei moduli societari chiamati a gestire servizi pubblici locali che, per loro stessa natura, sono finalizzati a soddisfare interessi generali.



Il problema rimane, invece, per quei soggetti che gestiscono servizi strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali dell'ente

che, tuttavia, non appaiono né necessari, né soddisfano interessi generali, la cui costituzione dovrebbe essere, pertanto, vietata.

«.....GA.....»

## PER ESSERE AMMESSI AD ENTRARE NEI COLLEGI DEI REVISORI CONTABILI DEI COMUNI NON DEVE ESSERE FATTA ALCUNA DISTINZIONE TRA RAGIONIERI E COMMERCIALISTI

dell'Avv. Maria Cristina Colacino

*La V sezione del Consiglio di Stato ha affermato che, a decorrere dal primo gennaio 2008 la speciale disposizione contenuta nella lett. c), del co. 2, dell'art. 234 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267, secondo cui uno dei tre componenti del collegio dei revisori debba essere scelto tra gli iscritti nell'albo dei ragionieri non possa più trovare attuazione, essendo divenuta di fatto inapplicabile 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 confluiti coloro che alla data del 31.12.2007 erano iscritti nell'Albo dei ragionieri e periti commerciali. Pertanto, non trova più alcuna giustificazione la diversificazione tra le due predette figure professionali contenuta nell'art. 234*

Con sentenza n. 6964 del 17.9.2010, la Quinta sezione del Consiglio di Stato ha affrontato il problema del rapporto tra la normativa del testo unico degli enti locali sulla composizione diversificata dei collegi dei revisori dei conti e quella dettata per la disciplina degli ordini professionali delle stesse categorie di soggetti possibili componenti dei medesimi ordini.

Nel caso concreto, specificamente, il comune di Sassari con delibera del Consiglio Comunale nominava quali componenti del collegio dei revisori contabili un revisore contabile, un dottore commercialista ed un ragioniere.

Il tutto sul presupposto che l'istituzione dell'albo unico dei dottori commercialisti e degli esperti contabili disciplinato dal d. lgs. n. 139 del 2005, non abrogasse né modificasse la composizione del collegio dei revisori dei conti come prevista dall'art. 234 del d. lgs. 267 del 2000.

Essendo stata successivamente accertata una causa ostativa alla nomina del ragioniere, il comune di Sassari con delibera consiliare procedeva alla sostituzione di quest'ultimo e nominava, previo scorrimento della graduatoria dei candidati votati nella seduta precedente colui che risultava avere conseguito il maggior numero di voti quale ragioniere commercialista.

Tuttavia tale nomina veniva impugnata in-

nanzi al TAR da colui che aveva ottenuto il maggior numero di voti subito dopo gli eletti, a prescindere dalla sua qualifica. Il TAR accoglieva tale ricorso ritenendo che “a decorrere dal primo gennaio 2008, non sussisteva più alcuna differenza tra dottori commercialisti e ragionieri in ragione dell'avvenuta istituzione dell'Albo unico di cui al d. lgs. 28.6.2005, n. 139 e che di conseguenza non trovava più alcuna giustificazione la diversificazione tra le due predette figure professionali contenuta nell'art. 234 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267”.

Contro tale pronuncia veniva proposto appello, che però veniva respinto, con sentenza n. 6964/2010, dal Consiglio di Stato che al principio del proprio ragionamento analizzava, in primo luogo, l'art. 234 del TUEL che disciplina la composizione del collegio dei revisori contabili.

Tale articolo, infatti, dopo aver stabilito al primo comma, che il collegio dei revisori è composto di tre membri, al secondo comma ha stabilito che uno di essi, chiamato anche a svolgere le funzioni di presidente del collegio, debba essere scelto dal registro dei revisori contabili, uno debba essere scelto tra gli iscritti nell'albo dei dottori commercialisti e uno tra gli iscritti nell'albo dei ragionieri.

Il Consiglio di Stato, ancora, nella pronuncia in esame ribadisce quanto sia importante la funzione del collegio dei revisori contabili

e quanto attraverso esso “il legislatore ha inteso garantire il corretto esercizio dell’attività amministrativa dell’ente per l’effettivo conseguimento degli obiettivi prefissati dalla legge e a tutela degli interessi della collettività, non solo e non tanto in funzione di un (mero) controllo interno a consuntivo della gestione, ma piuttosto attraverso una attività di continua collaborazione e consulenza agli organi politici e gestionali dell’ente per una effettiva e sostanziale regolarità contabile e finanziaria della gestione dell’ente.”

Dunque, affermano ancora i giudici di Palazzo Spada, è assolutamente giustificata la previsione legislativa della appartenenza dei tre componenti il collegio dei revisori contabili alle tre diverse figure professionali di revisore dei conti, dottore commercialista e ragioniere, poiché ognuna di queste figure si caratterizza per la propria specifica preparazione e poiché, insieme, assicurano all’ente quegli apporti tecnico-professionali necessari a conseguire la correttezza sostanziale della gestione economico-finanziaria. Tuttavia, rispetto alla chiara normativa dell’art. 234 TUEL, ci si è posti il problema del coordinamento di tale norma con quanto disciplinato dal legislatore nel d. lgs. 28.6.2005, n. 139, in tema di disciplina degli ordini professionali.

In tale decreto, il legislatore, delegato dalla l. n. 34 del 2005, ha equiparato in una unica categoria professionale le categorie professionali di dottore commercialista e di ragioniere – prima separate – in ragione della sostanziale omogeneità delle funzioni svolte e ha previsto, come regime transitorio, che coloro che alla data del 31.12.2007 erano inseriti nell’Ordine dei ragionieri e periti commerciali fossero iscritti nella sezione A del nuovo unico albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, assumendo la qualifica di ragionieri commercialisti.

“La ratio sottesa alla unificazione in un unico Ordine (dei dottori commercialisti e degli esperti contabili) dei due distinti Ordini dei dottori commercialisti e dei ragionieri e periti commerciali” continuano ancora i giu-

dici della Quinta sezione “non consiste in una mera misura di semplificazione e/o di razionalizzazione, rispondendo piuttosto alla presa d’atto dell’estrema omogeneità dei singoli campi di competenza tecnica e professionale delle due distinte categorie professionali: ciò trova conferma nella <...> puntuale indicazione contenuta nell’art. 1 delle attività che formano oggetto della (ormai unica) professione di dottore commercialista ed esperto contabile, laddove la diversificazione che giustifica le particolari competenze tecniche poste a fondamento della suddivisione in Sezioni (A e B) dell’unico Albo si rinviene nel diverso titolo di studio richiesto per l’iscrizione (laurea specialistica nel primo caso, laurea non specialistica triennale nel secondo caso).”

Sulla scia del d. lgs. n. 139 del 2005 i giudici del Supremo Consesso amministrativo affermano che a decorrere dal primo gennaio 2008 la disposizione del secondo comma dell’art 234 TUEL (secondo la quale uno dei tre componenti del collegio dei revisori debba essere scelto tra gli iscritti nell’albo dei ragionieri) non può più trovare applicazione, poiché è divenuta inapplicabile con la soppressione dell’ordine dei ragionieri e periti commerciali e con la contestuale istituzione dell’Albo unico dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nella cui Sezione A sono confluiti coloro che alla data del 31.12.2007 erano iscritti nell’Albo dei ragionieri e periti commerciali; e tutto ciò nonostante la disposizione dell’art. 234 TUEL non sia stata espressamente abrogata.

Sulla scorta di questa pronuncia si può affermare che dopo varie oscillazioni giurisprudenziali tra opposte visioni, la sentenza in commento ha messo un punto definitivo optando per l’effetto innovativo della norma del d. lgs. n.139/2005 che ha, come sopra detto, equiparato le categorie professionali nell’unica categoria dei dottori commercialisti ed esperti contabili, ritenendo che tale equiparazione sia valida a partire dal primo gennaio 2008.

«.....GA.....»

## IL RITORNO DEL PRINCIPIO DI MAGGIORE PROTEZIONE IN MATERIA DI PRELIEVO VENATORIO NELLE AREE CONTIGUE

della Dott.ssa Antonella Zella

*Breve commento a margine della sentenza della Corte Costituzionale 3.11.2010 n. 315*

Con la pronuncia in oggetto il giudice delle leggi torna ancora una volta ad affrontare il controverso tema del riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di ambiente, continuando a svolgere la fondamentale opera di ripartizione dei poteri tra Stato e regioni anche attraverso la puntuale definizione delle materie contemplate nel novellato art. 117 cost. Il TAR della Liguria ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, co. 18, della l. della regione Liguria 1.7.1994, n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio), per violazione dell'art. 117, co.2, lett. s), cost.

La norma regionale censurata consente l'esercizio venatorio nelle aree contigue dei parchi «*nella forma di caccia controllata riservata ai cacciatori aventi diritto all'accesso negli Ambiti territoriali di caccia e dei comprensori alpini su cui insiste l'area contigua naturale protetta*»: non solo i residenti, ma anche i cacciatori provenienti da altri ATC, da altre province o addirittura da altre regioni.

Tale disposizione si porrebbe in contrasto con l'art. 32, co. 3, della l. 6.12.1991, n. 394 (legge quadro sulle aree protette), che autorizza l'esercizio della caccia, nella forma della caccia controllata, riservata ai soli residenti dei comuni dell'area naturale protetta e dell'area contigua.

Dal raffronto tra le norme regionali e la norma statale sopra citate la Corte ravvisa il contrasto tra esse, giacché quelle regionali ammettono, a vario titolo e sulla base di diversi presupposti, l'esercizio venatorio anche per soggetti che non siano residenti nei comuni dell'area protetta o delle aree contigue, come stabilito invece tassativamente dalla norma statale.

Ai fini dell'accoglimento del ricorso, la Corte ha inteso verificare se l'art. 32, co. 3,

della l. n. 394 del 1991 abbia efficacia vincolante nei confronti della regione, che, a seguito della riforma costituzionale del titolo V, è titolare di competenza legislativa residuale in materia di caccia, ai sensi dell'art. 117, co. 4, cost.. A tal proposito la Corte richiamando la propria costante giurisprudenza, afferma che la trasformazione della competenza legislativa regionale in materia da concorrente a residuale non ha fatto venir meno la forza vincolante delle suddette norme statali, le quali oggi assumono la veste di standard minimi uniformi, previsti dalla legislazione statale, nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, co. 2, lett. s), cost..

Con riferimento alla questione in oggetto, la regione pertanto non può prevedere soglie inferiori di tutela, mentre può, nell'esercizio di una sua diversa potestà legislativa, prevedere livelli maggiori, che implicano logicamente il rispetto degli standard adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali.

Per le considerazioni sopra svolte la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, co. 18, della l. regione Liguria n. 29 del 1994, nella parte in cui consente la caccia nelle cosiddette aree contigue anche a soggetti non residenti nelle aree medesime.

Il ragionamento elaborato dalla Corte conduce ad una declaratoria di incostituzionalità della normativa regionale impugnata in forza della riserva statale sulla materia, con ciò assecondando una pressoché invariata giurisprudenza costituzionale<sup>1</sup>, costituendo però una inversione di rotta in ragione della riaffermazione della potestà legislativa regionale - sia pure concorrente - anche in relazione al-

<sup>1</sup> In senso conforme *ex plurimis*: C. cost. 2.7.2009, n. 200; 5/3/2009 n. 61; 4.6.2010 n.193.

la materia “*tutela dell’ambiente*”.

La Consulta ha definito - all’interno della stessa materia - ambiti di regolazione ulteriori rispetto ai livelli minimi di tutela posti dal legislatore statale, per cui “*la regione...può, nell’esercizio di una sua diversa potestà legislativa, prevedere livelli maggiori, che implicano logicamente il rispetto degli standard adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali.*”, ripristinando, così, l’assetto costituzionale esistente all’indomani della revisione del Titolo V, parte seconda, della costituzione<sup>2</sup>.

Infatti, sin dalle prime pronunce veniva riservato «*allo Stato il potere di fissare standards di tutela uniformi sull’intero territorio nazionale*», senza escludere «*la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell’ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato*», secondo una linea di continuità con il precedente indirizzo costituzionale<sup>3</sup>, lasciando inalte-

2 In questo senso, cfr. M. CECCHETTI, “*La materia tutela dell’ambiente e dell’ecosistema nella giurisprudenza costituzionale: lo Stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*”, in “*www.federalismi.it*”, 8.4.2009, 7, il quale rileva una «*spiccata linea di continuità che il giudice delle leggi mostra di privilegiare, evitando di abbandonare i tratti fondamentali della linea interpretativa affermata nel vigore del vecchio modello di riparto delle competenze, ossia continuando a concepire la potestà legislativa in tema di tutela dell’ambiente (e degli altri oggetti ad essa pertinenti) come una potestà sostanzialmente concorrente, o comunque ripartita tra il legislatore statale e il legislatore regionale, secondo un criterio ispirato – nella sostanza e, comunque, in senso lato – al principio di sussidiarietà e ai suoi corollari*».

In merito all’applicazione della sussidiarietà legislativa al riparto di competenze ambientali, cfr. F. BENELLI, “*L’ambiente tra smaterializzazione della materia e sussidiarietà legislativa*”, in “*Le Regioni*”, 2004, 176 ss.

3 C. cost., 26.7.2002, n. 407. Tra gli altri, si rinvia ai commenti alla sentenza di T. MAROCCO, “*Riforma del Titolo V e ambiente: ovvero come tutto deve cambiare, perché non cambi niente?*” In Riv. giur. amb., 2002, 937, e di G. GRASSO, “*La tutela dell’ambiente si “smaterializza” e le Regioni recuperano una competenza (apparentemente) perduta. Osservazioni a prima lettura a Corte Costituzionale, 10-26 luglio 2002, n. 407*”, in *www.amministrazioneincammino.it*, 18 ottobre 2002, il quale considera la sentenza in questione un momento di necessario chiarimento per dare effettività «*ad una riforma considerata altrimenti, pa-*

rata una sorta di potestà concorrente tra Stato e regioni. Ciò, in quanto ammettere che le regioni possano adottare misure di tutela dell’ambiente più rigorose rispetto agli standard minimi-uniformi definiti dal legislatore statale, significa attribuire una potestà legislativa regionale diretta sulla tutela dell’ambiente di tipo residuale.

In questo modo si giunge al risultato di una sostanziale “*delimitazione*” della potestà legislativa dello Stato in tema di tutela dell’ambiente, a fronte della quale si aprono gli spazi di una “*concorrente*” legislazione delle regioni di tipo residuale<sup>4</sup>.

L’operazione esegetica assunta dalla Corte ha origine dalla qualificazione della tutela dell’ambiente quale “*valore costituzionalmente protetto*”<sup>5</sup> e non come “*materia*” in senso stretto (ossia come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata), definendola più esattamente come una competenza del legislatore statale idonea ad investire una pluralità di materie tale da attraversare *trasversalmente* molteplici ambiti normativi e da incidere sui più svariati beni ed interessi giuridici comunque collegati a quel valore<sup>6</sup>.

Ne deriva l’affermazione della competenza regionale per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, in un’ottica di ausilio alla piena realizzazione del valore costituzionale protetto;

*radossalmente, uno dei tanti progetti persi nelle aule parlamentari*».

4. Sul punto, cfr. M. CECCHETTI, *ult. cit.*, 13-14.

5. La Consulta rinvia espressamente ad una propria giurisprudenza «*antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione*», in particolare le sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998, da cui sarebbe agevole ricavare «*una configurazione dell’ambiente come valore costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia trasversale, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale*».

6. Sul punto V. anche, C. cost., 26.6.2002, n.282, in Foro it., 2003, I, 394, con nota di V. MOLASCHI, “*Livelli essenziali delle prestazioni e Corte Costituzionale: prime osservazioni*” e di A. GRAGNANI, “*Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*”.

ovviamente con il limite dell'introduzione di standard di minore protezione degli interessi ambientali, essendo consentita solo l'introduzione di misure di salvaguardia più rigorose degli *standards* minimi ed uniformi prescritti allo Stato<sup>7</sup>. In tal senso si ha riguardo al principio di maggiore protezione, oggi, (sia pure implicitamente) nuovamente invocato dalla pronuncia in commento, mutuato dall'ordinamento comunitario quale indispensabile imperativo strategico per il migliore e più efficace perseguimento degli obiettivi connessi alla tutela ambientale<sup>8</sup>.

In quest'ottica la sopra riferita trasversalità della materia è da intendersi, altresì, come idoneità del valore ambiente ad essere inciso da normative regionali a garanzia di una maggiore tutela degli interessi ambientali di volta in volta coinvolti<sup>9</sup>. Ritorna quindi l'istanza di tutela dell'ambiente come bene unitario, con valore trasversale a diverse ma-

7. In tal senso, v. sent. C. cost. n. 536/2002 ove si chiarisce che *“Neanche la Regione speciale Sardegna può procrastinare la chiusura della stagione venatoria oltre il termine previsto dalla legge statale, trattandosi di un nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica.”* Per un commento alla sentenza, v. S. DELIPERI, *La Corte costituzionale frena la “deregulation” in materia venatoria*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 525 ss., e A. BURATTI, *“La tutela dell'ambiente come valore costituzionalmente protetto in due recenti sentenze della Corte Costituzionale”*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 21.7.2003.

8. In relazione al principio di maggior protezione, in generale, v. P. DELL'ANNO, *“Principi del diritto ambientale europeo e nazionale”*, Milano 2004, 105 ss; sull'applicazione del principio nella giurisprudenza costituzionale, cfr. M. CECCHETTI, *“Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente”*, Milano 2000, 285 ss; in particolare, come corollario del principio di maggior protezione, la sent. n.226 del 2003 -sempre in materia di caccia- vieta alle Regioni deroghe *in pejus* degli *standards* fissati con legge statale, respingendo la difesa regionale secondo cui *«la disciplina statale rivolta a garantire standards uniformi di tutela non potrebbe pregiudicare le determinazioni regionali ove queste non siano irragionevoli e non osta ostacolino la sopravvivenza e la riproduzione delle specie che sono oggetto»*.

9. Al riguardo, D. PORENA, *“La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e Costituzione globale”*, Torino 2009, 191, rileva che *«anziché essere la materia ambiente a tagliare trasversalmente gli ambiti di interesse regionale, al contrario è essa stessa ad essere attraversata dalle competenze regionali»*.

terie, il quale va salvaguardato nella sua interezza, affidando la cura dell'interesse sotteso allo Stato *“in via primaria anche se non esclusiva”*<sup>10</sup>, ossia con la possibilità per le Regioni di stabilire anche forme di tutela ambientale più elevate. Appare importante evidenziare come questo percorso argomentativo ripreso dalla sentenza *de qua* sia mutato a partire da alcune pronunce del 2007<sup>11</sup>, in cui le affermazioni poste a supporto delle decisioni sembravano condurre verso un definitivo riconoscimento della competenza esclusiva dello Stato in materia, con l'abbandono di alcune precisazioni cui la Corte aveva – sino ad allora – ricorso per mitigare la perentoria competenza riconosciuta dall'art. 117, co. 2 lett s) cost.. Viene affermata una nuova concezione dell'ambiente come *“bene della vita, materiale e complesso”*, riconducibile ad una entità organica quale, ad esempio, il paesaggio e, per l'effetto, la riserva di legislazione statale esclusiva assume un contenuto specifico e dirimente, a fronte di interventi regionali volti a disciplinare materie distinte, oggetto di potestà concorrente o residuale.

La Corte arriva a sancire implicitamente l'inderogabilità, sostanzialmente assoluta, degli standard di tutela statali; qualsiasi disposizione regionale sull'ambiente può sempre risultare astrattamente incostituzionale. Ciò, in quanto lo Stato ha il potere di invocare la necessità di un intervento di protezione e salvaguardia e quindi svuotare il contenuto della competenza regionale<sup>12</sup>, in ragione, altresì, di regole di concorrenza, di mercato, di governo del territorio etc.

La pronuncia in esame merita attenzione in quanto, ripristinando la trasversalità della materia ha consentito a tutti i soggetti dell'ordinamento, all'interno dei propri ambiti, di concorrere a politiche di maggiore protezione degli interessi sottesi. Tale sistema normativo appare non solo conforme e aderente al mo-

10. A tal proposito C.cost., 18.4.2008, n.105.

11. Cfr. *ex multis*, C.cost. n. 367 e 378 del 2007; nn. 62, 104, 105, 180 e 232 del 2009.

12. Al riguardo P. MADDALENA, *“L'interpretazione dell'art.117 e dell'art.118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente”*, Rel. Convegno di studi su Ambiente informazione, Roma, 20.1.2010, reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



dello tracciato dalla novella del 2001, e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 116, co. 3 cost., ma soprattutto rispondente ad una

crescente nonché doverosa attenzione verso il valore costituzionale protetto, la cui cura deve prevalere anche di fronte alla ragion di Stato.

«.....GA.....»

## “FEDERALISMO DEMANIALE” E REGIME GIURIDICO DEI BENI PUBBLICI

del Dott. Giustino Lo Conte

1. La l. n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale<sup>1</sup> «costituisce (...) il punto di arrivo di un importante ciclo di riforme istituzionali in tema di decentramento politico territoriale avviato negli anni novanta, e, nello stesso tempo, il punto di partenza per la costruzione di un nuovo assetto delle relazioni, non solo finanziarie e fiscali, tra Stato, regioni ed enti locali ancora in larga misura da tracciare»<sup>2</sup>. Il programma politico perseguito dal legislatore è quello di assicurare autonomia di entrata e di spesa a comuni, province, città metropolitane e regioni, da attuarsi attraverso l'adozione di decreti legislativi contenenti la definizione dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e la definizione della perequazione<sup>3</sup>.

In particolare, l'art. 19 della citata legge ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per l'attribuzione, a titolo non oneroso, di parte del patrimonio statale alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali

(ovvero: comuni, province, città metropolitane), individuando quattro criteri direttivi per l'esercizio della delega così conferita<sup>4</sup>.

In esecuzione delle delega in tal modo ricevuta, il Governo ha adottato<sup>5</sup> il d. lgs. 28.5.2010, n. 85, recante «attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio»<sup>6</sup> (c.d. federalismo demaniale), realizzando così una prima tappa<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Tra i principi e i criteri enunciati dalla legge delega, l'art. 19 individua: a) attribuzione a titolo non oneroso ad ogni livello di governo di distinte tipologie di beni, commisurate alle dimensioni territoriali, alle capacità finanziarie ed alle competenze e funzioni effettivamente svolte o esercitate dalle diverse regioni ed enti locali, fatta salva la determinazione da parte dello Stato di apposite liste che individuino nell'ambito delle citate tipologie i singoli beni da attribuire; b) attribuzione dei beni immobili sulla base del criterio di territorialità; c) ricorso alla concertazione in sede di Conferenza unificata, ai fini dell'attribuzione dei beni a comuni, province, città metropolitane e regioni; d) individuazione delle tipologie di beni di rilevanza nazionale che non possono essere trasferiti, ivi compresi i beni appartenenti al patrimonio culturale nazionale.

<sup>5</sup> Il testo del decreto costituisce il frutto delle modifiche, delle integrazioni e degli aggiustamenti che il Governo ha apportato dopo aver acquisiti il parere (favorevole) della Conferenza Stato-città ed autonomie locali, quello della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale nonché i pareri delle Commissioni parlamentari.

<sup>6</sup> Approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 20 maggio 2010 e firmato dal Presidente della Repubblica il 28.5.2010, il d. lgs. è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'11.6.2010, n. 134 ed entrato in vigore il 26.6.2010.

<sup>7</sup> Contesta la “tempistica” E. BUGLIONE, *Attuazione della legge 42/2009, atto primo: il federalismo demaniale. Una scelta opportuna?*, in *Rass. parl.*, 2010, 3, 697, mentre F. PIZZETTI (*Federalismo demaniale: un buon segnale verso un federalismo fiscale «ben temperato»*, in *Le Regioni*, 2010, 1-2, 3), parla di «tappa fondamentale nel processo di attuazione della legge di delega in materia di federalismo fiscale del 5.5.2009, n. 42», aggiungendo che il decreto in commento «costituisce la migliore dimostrazione della volontà del Governo di dare attuazione rapida alla legge sul federalismo fiscale, e della capacità del Parlamento e delle forze politiche di maggioranza e di opposizione di accompagnare questo processo con un impegno adeguato».

<sup>1</sup> «Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione». La bibliografia su tale testo normativo è molto vasta. Ex multis, si veda in particolare il recente volume di A. FERRARA, G. M. SALERNO (a cura di), *Il «federalismo fiscale»*. Commento alla legge n. 42 del 2009, Napoli, Jovene, 2010 nonché L. FIORENTINO, *La legge delega sul federalismo fiscale – I profili organizzativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 831 e G. RIVOSECCHI, *La legge delega in materia di federalismo fiscale e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario: un'occasione mancata*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 2009.

<sup>2</sup> P. CARROZZA, *La legge sul federalismo fiscale: delega in bianco o principi-decalogo per una laboriosa trattativa*, in *Foro it.*, 2010, V, 1. Cfr., altresì, 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. 42/2009*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2009, 3, 787 ss e R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *Astrid*, 2009.

<sup>3</sup> Sull'istituto della perequazione, cfr. F. COVINO, *La perequazione finanziaria nella Costituzione*, Napoli, Jovene, 2008.

di attuazione della legge delega in materia di federalismo fiscale<sup>8</sup>.

Oggetto delle presenti riflessioni sono alcuni dei punti più importanti e significativi della nuova normativa sul federalismo demaniale e delle sue possibili ricadute applicative<sup>9</sup>.

2. Non si può comprendere e analizzare il contenuto del provvedimento normativo in questione senza un preliminare richiamo, seppure sintetico, al concetto di bene demaniale (*rectius*: pubblico) così come identificato e disciplinato nella legislazione italiana, sia costituzionale sia ordinaria.

Occorre fin da subito evidenziare che – come è stato sottolineato dalla più autorevole dottrina<sup>10</sup> – la categoria di bene pubblico viene intesa come comprendente tutti i beni appartenenti allo Stato (o ad altri enti pubblici) e destinati al soddisfacimento di interessi riconducibili ad una collettività pubblica<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Secondo V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *Federalismo demaniale: il primo passo nell'attuazione del federalismo fiscale*, reperibile in *astrid-online.it*, con il provvedimento normativo in commento si realizza «una vera e propria rivoluzione copernicana». In proposito, si osserva che la scelta governativa è stata tuttavia considerata come il frutto «di un'opzione legata anche alla necessità di concludere l'iter di approvazione del primo decreto nei tempi indicati dalla l. n. 42, da cui è derivata la scelta di non iniziare questo percorso da questioni certamente più complesse e "spinose" quali, ad esempio, la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard per il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni ("lep") delle Regioni e delle funzioni fondamentali degli Enti locali», e per tale ragione è stata definita «piuttosto sorprendente» (così F. SCUTO, *Il "federalismo patrimoniale" come primo "atto" del legislatore delegato nell'attuazione della legge n. 42/2009 sul federalismo fiscale*, in *astrid-online.it*, 1).

<sup>9</sup> Per un puntuale commento delle singole disposizioni dello schema di decreto v. V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *Federalismo demaniale: il primo passo nell'attuazione del federalismo fiscale*, cit., e M. ANTONIOL, *Il federalismo demaniale. Il principio patrimoniale del federalismo fiscale*, Padova, Exeo Edizioni, 2010. Cfr. anche A. POLICE, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, 1233 e R. GALLIA, *Il federalismo demaniale*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2010, 3, 967 ss.

<sup>10</sup> V. in proposito M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963, partic. 9 ss. e S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969.

<sup>11</sup> Oltre alle voci di enciclopedie e trattati, sulla gestione patrimoniale in generale, anche da un punto di vista

Più in particolare, a livello costituzionale il concetto di «bene pubblico» è richiamato in due disposizioni, vale a dire l'art. 42 e l'art. 119.

Il primo afferma che «la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati»; il secondo, al sesto comma, precisa che «I comuni, le province, le città metropolitane e le regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato»<sup>12</sup>.

In base al codice civile, invece, i beni pubblici si suddividono in due categorie distinte: beni demaniali (o beni del demanio pubblico) e beni patrimoniali (o del demanio privato), disciplinati rispettivamente dagli artt. 822 e 826 del c.c., cui corrisponde un diverso regime giuridico in relazione all'uso, alla tutela e alla circolazione.

---

contabilistico cfr. A. MONORCHIO, L. G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci, 2009, 305 ss., mentre sulla necessità di una modifica del diritto della proprietà pubblica v. E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2008, n. 3, 531 ss. nonché M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Il dir. dell'econ.*, 2009, 1, 11 ss. e U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2010.

<sup>12</sup> Appare opportuno evidenziare che l'art. 119 è stato modificato dalla l. cost. 18.10.2001, n. 3, recante «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione». Prima di tale modifica, la norma costituzionale in questione affermava, al quarto comma, che «La Regione ha un proprio demanio e patrimonio, secondo le modalità stabilite con legge della Repubblica». Per un esame generale della portata dell'art. 119, cfr. G. FRANSONI, G. DELLA CANANEA, *Commento all'art. 119*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, Utet, 2006, 2358 ss. nonché F. COVINO, «Federalismo fiscale» e collaborazione debole nell'attuazione dell'art. 119 della Costituzione, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. Secondo F. SCUTO, *Il "federalismo patrimoniale" come primo "atto" del legislatore delegato nell'attuazione della legge n. 42/2009 sul federalismo fiscale*, cit., 3, in base all'attuale formulazione dell'art. 119 appare tecnicamente corretto parlare di «federalismo patrimoniale» piuttosto che di «federalismo demaniale».

I beni demaniali<sup>13</sup> sono i beni immobili o le universalità di beni mobili che, per natura o per legge, soddisfano direttamente i bisogni collettivi e che, per tale ragione, sono sottoposti ad un regime giuridico peculiare: sono infatti inalienabili, inusucapibili, insuscettibili di espropriazione forzata e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi<sup>14</sup> in quanto, come è stato autorevolmente sostenuto, per essi «*rileva la funzione di interesse pubblico più che l'aspetto e il valore patrimoniale*»<sup>15</sup>.

I beni non demaniali di proprietà dello Stato e degli enti pubblici ne costituiscono il patrimonio; essi sono posseduti a titolo di proprietà privata e sono pertanto soggetti alle norme del diritto privato. Si distinguono in beni del patrimonio disponibile e beni del patrimonio indisponibile. Questi ultimi non possono essere venduti o sottratti alla loro destinazione se non si osservano le norme specifiche di legge. Ai beni disponibili si applicano invece, oltre ad eventuali disposizioni specifiche, in via residuale e in quanto non diversamente disposto, le regole civilistiche di diritto comune<sup>16</sup>, in nulla distinguendosi rispetto ai beni privati.

**3.** Entrando nel merito del decreto in commento, può essere utile sintetizzarne i principali profili.

Occorre da subito evidenziare che la finalità generale verso la quale è complessivamente indirizzata la normativa è quella di assicu-

rare la massima valorizzazione<sup>17</sup> dei beni, assegnando gli stessi «*a quelle realtà che meglio sono in grado, per libera scelta, per capacità finanziaria, per adeguatezza, per livello di competenze*» di trarne valore<sup>18</sup>. Si tratta quindi di coinvolgere regioni ed enti destinatari dei beni nel promuovere la conoscenza del patrimonio pubblico e nell'assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso stante l'oggettiva inadeguatezza dello Stato. In altri termini, l'obiettivo consiste nell'assicurare dei vantaggi a quei soggetti che si trovano in un particolare rapporto con i beni stessi, anche in una logica di responsabilità delle scelte nei confronti dei propri elettori.

Da questo punto di vista, si potrebbe argomentare che con l'adozione di tale normativa il legislatore abbia voluto dimostrare come il passaggio della proprietà pubblica da un ente territoriale all'altro consenta una migliore distribuzione dei beni stessi tra i vari soggetti pubblici, con evidente vantaggio circa la loro fruibilità da parte della collettività a condizione, però, che siano posti i vincoli volti ad assicurarne le finalità pubbliche<sup>19</sup>. Si è pu-

<sup>17</sup> Secondo F. PIZZETTI (*Federalismo demaniale: un buon segnale verso un federalismo fiscale «ben temperato»*, op. cit., 10, «è questo un elemento particolarmente importante, che deve essere sottolineato con la necessaria enfasi. Esso testimonia una concezione della riforma federalistica che non esaurisce il suo scopo nella semplice trasformazione del sistema italiano da accentrato a federale (o comunque policentrico) ma ha l'ambizione di legare intrinsecamente questo cambiamento anche con un miglior funzionamento dell'intero sistema Italia. Un federalismo dunque finalizzato non solo al cambiamento ma anche, e soprattutto, al miglioramento del funzionamento del sistema complessivo».

<sup>18</sup> Cfr. la Relazione allo schema di decreto legislativo, 24 dicembre 2009.

<sup>19</sup> Secondo V. NICOTRA, F. PIZZETTI, *Federalismo demaniale: il primo passo nell'attuazione del federalismo fiscale*, cit., «per la prima volta dall'unificazione italiana, infatti, il patrimonio pubblico non è più concepito come patrimonio dello Stato salvo quello che è nella titolarità delle regioni e degli enti territoriali. Esso diventa ora l'insieme dei beni pubblici posseduti dai diversi livelli di governo nei quali, ex art. 114 Cost., si articola la nostra Repubblica, comprensivi, ovviamente, di quelli ad essi assegnati sulla base di due specifici principi di fondo: quello del legame tra funzioni esercitate e patrimonio posseduto e quello relativo alla capacità dell'ente di valorizzare il proprio patrimonio a beneficio della propria comunità».

<sup>13</sup> In base all'art. 822 del c.c. fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia, le opere destinate alla difesa nazionale. Inoltre, fanno parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate, gli aerodromi, gli acquedotti, gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico, le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi e delle biblioteche, e altri beni individuati dalla legge.

<sup>14</sup> «*Se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano*»: art. 823 del c.c..

<sup>15</sup> Così G. OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 495.

<sup>16</sup> Salvo che per l'alienazione, la quale deve avvenire sempre nelle forme pubbliche (per pubblici incanti o per asta pubblica o, ancora, in certi limiti, con licitazione privata).



re osservato che attraverso il federalismo demaniale si potrebbero perseguire anche finalità di carattere sociale, oltre evidentemente a quelle amministrative e finanziarie.

Non si può tuttavia dubitare del fatto che il decreto sul federalismo demaniale – che si presenta come un provvedimento caratterizzato da una notevole complessità – si inserisce nell'alveo tracciato dagli ultimi interventi legislativi sui beni pubblici, volti per un verso ad assicurarne la valorizzazione economico-produttiva e, per altro verso, a favorirne l'alienazione degli stessi.

Altro punto che merita di essere evidenziato è quello dell'attribuzione<sup>20</sup> e trasferimento dei beni<sup>21</sup> a favore degli enti territoriali. In questo caso, il decreto legislativo in questione ha effettuato una scelta precisa: alcune tipologie di beni sono trasferite direttamente alle regioni e alle province<sup>22</sup>, mentre altre sono

<sup>20</sup> Si rende doveroso osservare che il processo di attribuzione dei beni agli enti deve avvenire sulla base dei seguenti criteri, ai sensi dell'art. 2, co. 5, del decreto: a) *sussidiarietà, adeguatezza e territorialità* (in base ai quali i beni debbono essere attribuiti – in considerazione del loro radicamento sul territorio – ai comuni, salvo che, per l'entità o la tipologia dei beni trasferiti, esigenze di carattere unitario richiedano l'attribuzione ai livelli di governo superiori maggiormente idonei a soddisfare le esigenze di gestione e valorizzazione dei beni); b) *semplificazione* (consistente nella possibilità, per Regioni ed enti locali, di inserire i beni in processi di alienazione e dismissione, secondo le modalità previste dalla normativa in vigore); c) *capacità finanziaria* (intesa come idoneità finanziaria che gli consenta di garantire la tutela, la gestione e la valorizzazione del bene stesso); d) *correlazione tra competenze e funzioni* (intesa come connessione tra le funzioni dell'ente territoriale cui viene attribuito il bene e le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione del bene stesso); e) *valorizzazione ambientale* (in virtù del quale la valorizzazione del bene deve essere realizzata tenendo conto delle caratteristiche fisiche, morfologiche, ambientali, paesaggistiche, culturali e sociali del bene stesso, al fine di garantire lo sviluppo del territorio e la salvaguardia dei valori ambientali).

<sup>21</sup> Sui dubbi interpretativi circa le modalità di individuazione e di attribuzione del patrimonio agli enti, in particolare per quanto attiene la necessaria intesa da concludersi in sede di Conferenza Unificata, v. F. SCUTO, *Il "federalismo patrimoniale" come primo "atto" del legislatore delegato nell'attuazione della legge n. 42/2009 sul federalismo fiscale*, cit., 4.

<sup>22</sup> L'art. 3 del decreto affida a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri – da adottare entro centottanta giorni – il compito di trasferire direttamente alle regioni, unitamente alle relative pertinenze,

attribuite e trasferite su richiesta degli enti territoriali<sup>23</sup>. La *ratio* del trasferimento fra enti territoriali di alcune tipologie di beni consiste quindi nel fatto che permane la garanzia di utilizzazione pubblica ed inoltre il trasferimento può consentire una più efficace valorizzazione e fruizione del bene stesso.

Non vi è chi non veda come, mediante una scelta di questo tipo, il legislatore delegato abbia guardato ai beni pubblici anche in una prospettiva gestionale dinamica<sup>24</sup>, partendo dal presupposto che essi possono produrre reddito e ricchezza soltanto attribuendoli ai territori dove si radicano. Sarebbe tuttavia opportuna una maggiore semplificazione della procedura di attribuzione e trasferimento

i beni del demanio marittimo, con esclusione di quelli direttamente utilizzati dalle amministrazioni statali, e i beni del demanio idrico, ad eccezione dei fiumi e dei laghi di ambito sovraregionale per i quali non inter venga un'intesa tra le regioni interessate. Resta comunque ferma l'eventuale disciplina di livello internazionale. Alle province sono invece trasferiti i beni appartenenti al demanio idrico limitatamente ai laghi chiusi privi di emissari di superficie che insistono sul territorio di una sola provincia nonché le miniere e le relative pertinenze ubicate su terraferma.

<sup>23</sup> Per quanto attiene alla modalità di attribuzione e trasferimento agli enti territoriali dei beni diversi da quelli che il decreto legislativo in commento attribuisce espressamente a regioni e province, il medesimo articolo 3 stabilisce che, su domanda dei citati enti, i beni sono individuati mediante l'inserimento in appositi elenchi contenuti in uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Questi decreti devono essere adottati entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo in questione. Le regioni e gli enti locali che intendono acquisire i beni contenuti nei sopramenzionati elenchi debbono presentare, entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla data di pubblicazione, un'apposita domanda di attribuzione all'Agenzia del demanio. Sulla base delle richieste di assegnazione presentate dagli enti territoriali viene adottato, entro i successivi sessanta giorni, un ulteriore decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sull'attribuzione dei beni. Questo decreto, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le regioni e gli enti locali interessati, costituisce titolo per la trascrizione e per la voltura catastale dei beni a favore di ciascun ente territoriale. Il decreto produce effetti dalla data di pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*.

<sup>24</sup> Cfr. S. FOA', *Il patrimonio immobiliare dello Stato e degli enti territoriali come strumento correttivo della finanza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 4, 366 ss. nonché V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, 165.

dei beni, con precisa indicazione di compiti e funzioni attribuite a regioni ed enti locali.

Un aspetto che merita approfondimento è certamente quello dello *status* dei beni trasferiti alle regioni e agli enti locali e la condizione per l'alienazione. Circa il regime giuridico dei beni, è previsto che essi entrino a far parte del patrimonio disponibile dell'ente a cui sono attribuiti con tutte le pertinenze, accessori, oneri e pesi. Restano esclusi da tale regola i beni del demanio marittimo, idrico e aeroportuale: questi ultimi restano indisponibili in base alle previsioni del codice civile, rimanendo assoggettati al regime giuridico previsto dal medesimo codice, dal codice della navigazione, dalle leggi regionali e statali e dalle norme comunitarie di settore<sup>25</sup>. Per quanto riguarda in particolare l'alienazione, il principio applicato sembra quello dell'alienabilità "condizionata": infatti viene stabilito che i beni trasferiti a comuni, province, città metropolitane e regioni possono essere alienati soltanto a seguito di attestazione della congruità del valore del bene rilasciata, entro il termine di trenta giorni dalla relativa richiesta, da parte dell'Agenzia del demanio o dell'Agenzia del territorio<sup>26</sup>.

Per quanto attiene in particolare la modifica del regime demaniale cui i beni erano assoggettati, va sottolineato che essa suscita non pochi interrogativi, atteso che non appare in linea con i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale e si pone in contrasto con l'interesse generale della collettività<sup>27</sup>. In

<sup>25</sup> L'art. 4 si premura di precisare, inoltre, che altri beni potranno essere dichiarati indisponibili: infatti, ove ne ricorrano i presupposti, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di attribuzione dei beni demaniali - diversi da quelli appartenenti al demanio marittimo, idrico e aeroportuale - può disporre, con motivazione, il mantenimento dei beni nel demanio o l'inclusione nel patrimonio indisponibile. Per i beni trasferiti che restano assoggettati al regime dei beni demaniali, l'eventuale passaggio al patrimonio è dichiarato dall'amministrazione dello Stato ai sensi dell'articolo 829, primo comma, del codice civile. Su tali beni non possono essere costituiti diritti di superficie.

<sup>26</sup> È espressamente previsto però che gli enti locali in stato di dissesto finanziario non possono alienare i beni ad essi attribuiti.

<sup>27</sup> Cfr. S. SETTIS, *La Costituzione e i beni pubblici*, in *la Repubblica*, 24 agosto 2010, 26. Sul declino della categoria del demanio, v. M. RENNA, *Le prospettive di*

sostanza, la nuova disciplina si inserisce nel «processo di scomposizione»<sup>28</sup> dei consolidati schemi sulla demanialità, come la ricorrente dissociazione tra titolarità del bene e funzione demaniale dello stesso. In altre parole, attraverso il passaggio dei beni dal demanio statale al patrimonio disponibile delle regioni e delle autonomie territoriali, sembra essersi probabilmente realizzata una sorta di sdemanializzazione *ope legis* di alcune tipologie di beni demaniali, creando un nuovo regime giuridico trasversale, la cui compatibilità con i principi costituzionali in materia è ancora tutta da verificare. Non vi sono, a supporto di tale peculiare regime giuridico prefigurato dalla riforma, spiegazioni plausibili, se non quella per cui il legislatore abbia voluto assicurarne la valorizzazione economico-produttiva.

Relativamente all'individuazione precisa delle tipologie di beni immobili statali che, previa emanazione di appositi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, saranno trasferiti a titolo non oneroso agli enti territoriali<sup>29</sup> e di quelli che, considerati a rilevanza

*riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, cit., 17.

<sup>28</sup> L'espressione è di G. NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro. Verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2003*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>29</sup> Sono trasferiti a comuni, province, città metropolitane e regioni i seguenti beni - mobili e immobili - statali in essi eventualmente presenti che ne costituiscono arredo o che sono posti a loro servizio:

a) i beni appartenenti al demanio marittimo e relative pertinenze, di cui all'art. 822 del c.c. e dall'art. 28 del c. nav.. Sono esclusi dal trasferimento i beni direttamente utilizzati dalle amministrazioni statali; b) i beni appartenenti al demanio idrico e relative pertinenze, le opere idrauliche e di bonifica di competenza statale. Fanno parte del demanio idrico, secondo le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali di settore: i fiumi, i torrenti, i laghi (art. 822 del c.c.); i terreni abbandonati dalle acque correnti, dal mare, dai laghi, dalle lagune e dagli stagni appartenenti al demanio pubblico (art. 942 del c.c.), le isole e unioni di terra che si formano nel letto dei fiumi o dei torrenti (art. 945 del c.c.); l'alveo abbandonato dei fiumi (art. 946 del c.c.); i terreni abbandonati sia a seguito di eventi naturali che per fatti artificiali indotti dall'attività antropica (art. 947 del c.c.). Rimangono esclusi dal trasferimento i fiumi di ambito sovra-regionale e i laghi di ambito sovra-regionale per i quali non intervenga un'intesa tra le re-



nazionale, non possono formare oggetto di trasferimento, restando pertanto allo Stato, è

gioni interessate, ferma restando comunque l'eventuale disciplina di livello internazionale;

c) gli aeroporti di interesse regionale o locale (diversi da quelli di interesse nazionale) che appartengono al demanio aeronautico civile statale e le relative pertinenze;

d) le miniere e le relative pertinenze ubicate su terraferma;

e) gli altri beni immobili dello Stato, ad eccezione di quelli espressamente non trasferibili.

stato osservato che in tal modo «*si avvia una sorta di censimento ragionato del patrimonio dello Stato, dal momento che le varie amministrazioni statali sono tenute a fornire le ragioni, motivandole adeguatamente, per cui ritengono che un determinato bene di proprietà dello Stato non possa essere oggetto di attribuzione agli enti territoriali*»<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Così L. ANTONINI, *Il primo decreto legislativo di attuazione della legge n. 42/2009: il federalismo demaniale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

«.....GA.....»

## LE GESTIONI ASSOCIATE E GLI ENTI SOVRA COMUNALI TRA ECONOMICITÀ E SPRECO

della Dott.ssa Elisa Lori

Breve nota a margine della sentenza della Corte costituzionale 17.11.2010, n. 326, in materia di consorzi di servizi e comunità montane

Con la sentenza 17.11.2010 n. 326, la Corte costituzionale affronta la questione della gestione in forma associata o, comunque, delle gestioni sovra comunali di funzioni da realizzarsi tramite vari strumenti organizzativi e istituzionali. La normativa sottoposta a giudizio è data dai coo. 186, lett. a) ed e), e 187 dell'art. 2 della l. 23.12.2009, n. 191, che dispongono diverse misure nell'ambito di una manovra tendente alla riduzione dei trasferimenti statali agli enti locali.

Tali misure vengono assunte dal legislatore nazionale in ottica di contenimento generale della spesa pubblica, colpendo le organizzazioni che si ritengono responsabili di sprechi e duplicazioni.

La normativa, tuttavia, si innesta nel quadro generale degli strumenti a disposizione degli enti per unirsi e gestire assieme servizi e funzioni con possibilità di recuperare maggiori livelli di efficacia, efficienza ed economicità.

Accade, quindi, che strumenti che in un primo momento erano stati studiati per avere miglioramenti economici sulle gestioni, generino nella pratica maggiori costi, se non ben strutturati.

Il quadro di questi strumenti è ben delineato nel TUEL enti locali (d. lgs. 18.8.2000, n. 267). Il legislatore, infatti, riserva un intero capo<sup>1</sup> alle forme associative, prevedendone principalmente tre: la prima opzione è rappresentata dalla convenzione, che in maniera molto semplice prevede l'accordo a contenuto vario tra più enti; la seconda possibilità è rappresentata dalla costituzione di un nuovo soggetto strutturato sotto forma di consorzio, che può svolgere più servizi e più funzioni; infine, l'ultima opzione è quella dell'unione

di comuni, con cui si dà origine ad un nuovo ente locale in grado di esercitare una pluralità di funzioni.

Per i comuni montani, inoltre, esiste un'altra possibilità, rappresentata dalle comunità montane<sup>2</sup>. Queste sono unioni di comuni con natura di ente locale, costituiti per la valorizzazione delle zone montane e l'esercizio di varie funzioni: le proprie, attribuite con legge (tra cui rientra la gestione degli interventi speciali per la montagna) e l'esercizio associato di funzioni dei comuni o conferite ai comuni da altri enti sovra ordinati.

Il legislatore, quindi, in questa fase, incentiva la gestione comune di servizi e funzioni, lasciando alla regione l'emanazione della normativa promozionale dell'esercizio associato e l'individuazione in via concertata con gli enti dei livelli ottimali di associazione. Fornisce, quindi, una diversa gamma di strumenti, la cui scelta è rimessa, nell'ambito di dette direttive regionali, all'ente che si vuole associare, il quale valuterà il livello di integrazione da raggiungere, il tipo di rappresentatività e l'organizzazione della gestione che vuole, in relazione alle proprie caratteristiche economiche, territoriali e politiche.

Lo svolgimento associato di funzioni o servizi, infatti, comporta notevoli vantaggi su più piani. Sul piano economico, in primo luogo, è in grado di abbassare i costi tramite la riduzione della duplicazione dei processi, che si realizza strutturando un unico processo centralizzato in luogo di più identici processi su diverse sedi localizzate. Inoltre, la gestione associata è in grado di generare economie di scala, che danno luogo a costi unitari "di produzione" dei servizi inferiori al crescere della produzione. C'è la possibilità, inoltre, di

<sup>1</sup>Artt. 30-35, d. lgs. 18.08.2000, n. 267.

<sup>2</sup> Artt. 27-29, d. lgs. 18.8.2000, n. 267.

investire risorse in strutture di supporto, consulenza e formazione (tali spese spesso non possono essere sostenute dai singoli enti), aumentando, quindi, il grado di qualità delle prestazioni offerte, in termini di professionalità, efficienza, ricerca di soluzioni etc. Si realizzano, infine, economie di esperienza date dall'abbassamento dei costi all'aumentare dell'esperienza acquisita in un determinato settore, più facilmente raggiungibile se i servizi sono prestati a un maggior numero di utenti.

Sul piano politico/istituzionale, la gestione associata, invece, è capace di strutturare nuovi processi di partecipazione, ma anche nuove modalità di controllo dell'operato. Inoltre, un importante vantaggio è rappresentato dalla continuità nell'offerta o della scelta di gestione del servizio su territori contigui, in maniera da servire uniformemente cittadini di comuni diversi ma comunque vicini territorialmente, economicamente e culturalmente.

Tuttavia, come prima accennato, negli ultimi anni c'è stata una proliferazione di gestioni ed enti, che non sempre in maniera efficiente hanno svolto il loro compito, ma sono spesso stati origine di duplicazioni, in luogo di semplificazioni, e scarso controllo dell'andamento e della qualità della spesa. Sono stati riconosciuti, quindi, come sovrastrutture "ingombranti" ed "inutili" al raggiungimento dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, contrariamente alle motivazioni della loro progettazione.

Cambia, quindi anche l'orientamento del legislatore nei loro confronti, che non incentiva più incondizionatamente, ma, seppur mantenendoli nell'ordinamento, sottopone tali strumenti a controlli e restrizioni.

La normativa impugnata, dunque, inserendosi su questo sfondo, detta nuove norme in materia di consorzi e di comunità montane.

Per quanto riguarda il primo punto, il co. 186, lett. e), abolisce i consorzi di funzioni, facendo riassorbire agli enti costituenti le funzioni stesse, le relative risorse, i rapporti giuridici e altri possibili effetti. La finalità della norma è ancora quella della riduzione della spesa. La *ratio*, infatti, è di colpire il frequente abuso della costituzione di consorzi

ed eliminare, così, gli enti superflui che generano sprechi.

Le regioni Toscana e Campania impugnano la disposizione con varie argomentazioni. Ciò che per prima viene fatta rilevare è la violazione dell'autonomia statutaria e regolamentare dei comuni in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle loro funzioni, stabilita dall'art. 117, co. 6 della Costituzione.

Si fa, poi, riferimento alla precedente pronuncia della Corte del 24.7.2009, n. 237, che sanziona l'abolizione di alcune comunità montane, estendendone il senso anche ai consorzi di funzioni.

In particolare, in quest'ultima decisione, la Corte afferma che le comunità montane "contribuiscono a comporre il sistema delle autonomie sub-regionali" pur non essendo enti costituzionalmente necessari, così rientrando nella potestà regionale la competenza ad un'eventuale soppressione. La questione, infatti, non sarebbe riconducibile né alla disciplina dell'organizzazione degli enti (art. 117, co. 2, lett. g), cost.) né alla disciplina degli organi di governo e funzioni fondamentali degli enti locali (art. 117, co. 2, lett. p), cost.), ma piuttosto alla potestà legislativa residuale delle regioni (art. 117, co. 4, cost.). La questione, inoltre, anche qualora venisse fatta rientrare nella competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica (artt. 117, co. 3, e 119, cost.) in funzione dell'obiettivo della riduzione della spesa, sarebbe illegittima in quanto porrebbe una disciplina di estremo dettaglio.

Tra il ricorso e il giudizio oggetto di analisi, però, intercorre nuova normativa<sup>3</sup> che integra la disposizione. In particolare, il legislatore, esclude dall'abolizione i consorzi imbriferi montani e introduce un ulteriore comma con una disciplina transitoria degli effetti. Tuttavia, le ricorrenti confermano la volontà di procedere in giudizio mantenendo le proprie argomentazioni invariate.

La Corte, nell'analizzare la questione, dunque, ritiene di pronunciare l'inammissibilità per sopravvenuto difetto di interesse. Infatti,

<sup>3</sup> Art. 1, co. 1 *quater*, lett. e) e 2, d.l. 25.1.2010, n. 2, convertito con modificazioni dalla l. 26.3.2010, n. 42.

risulta necessario tenere conto anche di altre nuove disposizioni, dettate dal d.l. 31.5.2010, n. 78<sup>4</sup>, che vanificano il ricorso. In particolare, viene da queste norme stabilito che le funzioni fondamentali dei comuni “sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti” e “da parte dei comuni appartenenti o già appartenuti a comunità montane con popolazione...inferiore a 3.000 abitanti”.

A questo punto può essere interessante analizzare il caso di una delle due ricorrenti, la regione Toscana, che ha puntato sulla costituzione delle cosiddette “società della salute”, per lo svolgimento di funzioni nel settore sociale e l’organizzazione dei servizi socio-sanitari, trovandosi, quindi, in difficoltà a seguito della pronuncia della Corte.

Le “società della salute”, infatti, sono consorzi pubblici costituiti dall’azienda USL e i comuni della zona socio-sanitaria. Esse hanno il compito di favorire la partecipazione dei cittadini alle scelte sui servizi socio-sanitari, attraverso le loro rappresentanze istituzionali e associative. Svolgono, inoltre, funzioni di indirizzo e programmazione strategica, organizzazione e gestione delle attività socio-sanitarie e delle attività di assistenza sociale, individuate dal piano regionale di controllo, monitoraggio e valutazione.

La “società della salute” è uno strumento introdotto nel sistema toscano nel 2008<sup>5</sup> ed è definita dal legislatore regionale come “la modalità organizzativa di un ambito territoriale di zona-distretto costituita in forma di consorzio tra l’azienda unità sanitaria locale ed i comuni per l’esercizio associato delle attività sanitarie territoriali, socio-sanitarie e sociali integrate”<sup>6</sup>.

Al momento in cui viene emanata la normativa oggetto di esame, quindi, il legislatore nazionale pone in stato di crisi l’intera struttura studiata dalla regione Toscana. Tuttavia, le operazioni per la costituzione dei consorzi

proseguono, dietro incentivazione da parte della regione stessa, nella speranza che la norma venga dichiarata incostituzionale.

Il momento in cui avviene il reale blocco dei programmi di attuazione (che prevedevano per gennaio 2011 la fine delle sperimentazioni e l’operatività degli organismi) giunge con la decisione della Corte. Dal giorno successivo, quindi, vi è la percezione da parte di tutti gli enti coinvolti del rischio che i propri sforzi vengano presto vanificati, insieme con un forte disorientamento, dato anche dal fatto che i comuni e le aziende USL sono in fase di redazione dei bilanci di previsione.

La risposta della regione Toscana alla sentenza, tuttavia, non è di “marcia indietro”, ma di “ricalcolo del percorso”. Si afferma la propria volontà a continuare sulla strada delle “società della salute” da realizzare adesso con una modifica della forma giuridica<sup>7</sup>, che non dovrà più essere quella consortile, ma potrà essere la convenzione o l’unione.

Tali organismi, infatti, sono ritenuti dalla regione meritevoli di protezione, in quanto non titolari di sprechi gestionali, ma portatori di elementi di buona amministrazione.

Il secondo punto<sup>8</sup> su cui si sofferma la sentenza in analisi è il co. 187 dell’art. 2 della l. 23.12.2009, n. 191. La disposizione, nel testo originario impugnato, prevede che lo Stato cessi il finanziamento delle comunità montane con le assegnazioni a valere sui principali fondi statali (per la spesa corrente il fondo ordinario e il fondo consolidato, mentre per le spese in conto capitale il fondo nazionale or-

<sup>7</sup> Cfr. la comunicazione dell’assessore Daniela Scaramuccia alle “società della salute”, in cui è si legge che la sentenza della Corte costituzionale “non entra nel merito...delle società della salute, tuttavia pone alla regione la necessità di una revisione normativa degli articoli della legge...che disciplinano la costituzione delle società della salute”.

<sup>8</sup> La sentenza si sofferma anche sul co. 186, lett. a), dell’art. 2 della legge, che, nel presente commento non viene trattato per la scarsa rilevanza della questione. La norma originaria impugnata prevede la soppressione della figura del difensore civico. Tuttavia, successivamente al ricorso, la norma viene modificata dal legislatore, che prevede la soppressione dei soli difensori civici comunali, dando la possibilità ai comuni di associarsi con la provincia per lo svolgimento della funzione.

<sup>4</sup> Art. 28, d.l. 25.05.2010, convertito con modificazioni dalla l. 30.7.2010, n. 122.

<sup>5</sup> L.r. Toscana 10.11.2010, n. 60 che modifica la l.r. Toscana 24.2.2005, n. 40.

<sup>6</sup> Art. 2, l.r. Toscana 24.2.2005, n. 40.



dinario per gli investimenti<sup>9</sup>, oltre ad altri fondi stabiliti da altre disposizioni di legge). Il legislatore prevede inoltre che, in ottica di attuazione del “*federalismo fiscale*”, il 30% di queste risorse finanziarie tagliate sia assegnato ai comuni montani (individuati in base alla loro altezza sul livello del mare), dietro ripartizione con decreto del ministero dell’interno.

La norma si inserisce in un precedente quadro disciplinare delle comunità montane, la cui evoluzione porta alla loro precisa collocazione all’interno del panorama delle istituzioni, con un orientamento di attenzione alla spesa da esse generata.

In particolare, fin da prima della riforma del titolo V della costituzione, le comunità montane venivano definite come “*enti autonomi*”, proiezioni dei comuni partecipanti<sup>10</sup>. Successivamente il quadro è ben delineato dal Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali<sup>11</sup>, che stabilisce la definizione della disciplina delle comunità montane da parte delle regioni. Il legislatore, poi, interviene di nuovo con la l. finanziaria 2008 stabilendo che le regioni, al fine di concorrere al contenimento della spesa pubblica, procedano con proprie leggi al riordino della disciplina, tenendo conto di dati principi fondamentali. Tutte le regioni, quindi, di seguito adottano proprie norme in adempimento alla legge nazionale, modificando talvolta anche i propri statuti.

Le regioni Calabria, Liguria e Campania, ricorrenti nel processo impugnano la disposizione in oggetto sotto diversi profili.

In primo luogo la questione viene ricondotta alla materia della disciplina delle comunità montane (art. 117, co. 4, cost.), che la Corte ha appurato rientrare nella competenza residuale delle regioni<sup>12</sup>. Il legislatore statale, quindi, avrebbe esondato in un ambito non proprio. Si fa rilevare, infatti, che la disposizione comporterebbe la soppressione delle comunità montane (data dal venir meno dei

principali finanziamenti diretti alle spese di funzionamento e investimento) con destinazione di parte delle risorse ai comuni montani. L’eventualità di ciò, invece, dovrebbe essere stabilita da legge regionale. Ciò lederebbe il principio di leale collaborazione, visto che le regioni non vengono chiamate a partecipare alla decisione.

Altra censura che viene fatta è quella in relazione all’art. 119 della Costituzione. Sotto un primo profilo si nota che verrebbe a mancare la proporzionalità tra funzioni degli enti locali e risorse ad essi destinate. Lo Stato, infatti, concorre al finanziamento delle comunità montane sia per le spese di parte corrente che per quelle di investimento, che “*realizzano il cuore della missione di tali enti, nati primariamente...per lo sviluppo e la valorizzazione delle zone montane*”<sup>13</sup>.

Per queste lo Stato interviene con assegnazioni a valere sul fondo per lo sviluppo degli investimenti “*determinato annualmente nella misura necessaria all’attribuzione dei contributi sulle rate di ammortamento dei mutui*”<sup>14</sup>.

Confidando sul carattere di continuità dell’impegno che si assume il legislatore, quindi, gli enti hanno provveduto alla contrazione di finanziamenti per la realizzazione delle opere, le cui rate di ammortamento avrebbero dovuto essere legittimamente coperte da tali fondi. Mancando il finanziamento da parte dello Stato, gli enti si trovano adesso a dover far fronte ad obbligazioni carenti di provvista, in violazione, così, dei principi della certezza delle entrate e della certezza del diritto.

Sotto un secondo profilo non sono indicate le fonti di finanziamento da sostituire alle risorse soppresse: le regioni, infatti, non vengono dotate di strumentazioni alternative per compensare le riduzioni stesse, determinando il permanere dello squilibrio tra risorse e funzioni.

Un terzo motivo di censura è in relazione al principio di leale collaborazione, non essendo prevista in nessun momento alcuna intesa da raggiungersi in sedi concertative idonee in una materia in cui le regioni possono

<sup>9</sup> Sono i fondi stabiliti dall’art. 34 del d. lgs. 30.12.1992, n. 504

<sup>10</sup> Art. 4, l. 3.12.1971, n. 1102.

<sup>11</sup> Vedi sopra.

<sup>12</sup> Cfr. C. cost. 24.7.2009, n. 237.

<sup>13</sup> Vedi ricorso n. 32/2010 del 26.02.2010 presentato dalla regione Liguria.

<sup>14</sup> Art. 31, co. 11, l. 27.12.2002, n. 289.

rivendicare un reale interesse, anche alla luce della normativa regionale emanata sulla base della precedente normativa statale.

Prendendo le mosse da questo ultimo ragionamento, dunque, si arriva al quarto motivo di censura, secondo il profilo dell'irragionevolezza della disciplina.

Il legislatore statale, infatti, in passato ha dato modo di pensare che volesse mantenere all'interno dell'ordinamento le comunità montane, ponendo una disciplina specifica e demandandone l'applicazione alle regioni, ciascuna delle quali ha provveduto con proprie leggi. Porre adesso una norma che porta nella pratica all'abolizione delle comunità montane sarebbe irrispettoso del precedente percorso legislativo e quindi irragionevole.

Dopo che i ricorsi vengono presentati, tuttavia, intervengono nuove rilevanti modifiche legislative. Si tratta, in particolare del d.l. 26.3.2010, n. 42, che, all'art. 1, co. 1 *sexies*, che stabilisce che la parte di risorse “*mantenuta in vita*” venga devoluta non più ai comuni “*montani*”, ma ai comuni facenti parte delle comunità montane. E' stabilito, inoltre, che la ripartizione avvenga sempre con decreto del Ministero dell'interno, ma previa intesa in sede di Conferenza unificata.

Anche alla luce di tali fatti, si rileva che l'unica questione da considerarsi ammissibile è quella che ha come parametro l'art. 119 della costituzione. La Corte riprende le motivazioni addotte dalle ricorrenti, confermandone la validità e dichiarando l'illegittimità della disposizione nella parte in cui sopprime il concorso dello Stato al finanziamento delle comunità montane tramite il fondo nazionale ordinario per gli investimenti, devolvendone il 30% ai comuni delle comunità montane. La Corte, inoltre, rileva una violazione dei principi di certezza delle entrate, di affidamento e di corrispondenza tra funzioni e risorse là dove il legislatore non solo abolisce i finanzia-

menti ordinari e consolidati<sup>15</sup> dello Stato, ma anche tutti gli altri trasferimenti derivanti da “*altre disposizioni di legge*”, senza specificare quali. Ciò, infatti, comporta l'impossibilità a procedere ad una valutazione degli effetti della normativa stessa sull'autonomia finanziaria delle regioni.

Le altre censure vengono tutte respinte. In particolare, la questione viene ricondotta alla materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica, con competenza concorrente tra Stato e regioni del terzo comma dell'art. 117 della costituzione. La norma, quindi, legittimamente impone alle regioni limiti alla spesa per assicurare il raggiungimento dell'equilibrio complessivo della finanza pubblica, in connessione con obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari<sup>16</sup>. Non si può, inoltre, parlare di totale soppressione delle comunità montane in quanto parte del finanziamento viene mantenuto, in capo ai comuni.

Viene salvata, quindi, la norma oggetto di contestazione, riconoscendone la bontà in ordine alle necessità generali di contenimento della spesa, pur intervenendo soltanto là dove si crea un'insostenibile ed irragionevole squilibrio tra risorse e obbligazioni di spesa.

Concludendo, dunque, la Corte conferma l'orientamento del legislatore a ridurre la spesa operando sui punti strategici degli enti “*sovrastuttura*” che, nascendo come strumenti di contenimento di duplicazioni e sprechi, in realtà se ne fanno portatori. Le cause possono essere ricercate nei classici svantaggi generati dalla complessità organizzativa: allungamento della catena gerarchica e perdita della percezione del bisogno dell'utenza da parte dei soggetti decisori, complicazione delle relazioni, perdita delle capacità dirette di controllo, complicazione e farraginosità delle procedure operative.

<sup>15</sup> Di cui all'art. 34 del d.l. 30.12.1992, n. 504.

<sup>16</sup> Cfr. Corte costituzionale 18.2.2010, n. 52, 24.7.2009, n. 237 e 8.5.2009, n. 139.

## GIURISPRUDENZA

### RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241 DEL 1990)

Corte Costituzionale, 5.11.2010 n. 310

**Art. 14, co. 1, d. lgs. 81/2008 - motivazione - obbligo - esclusione - incostituzionalità.**

*Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 1, d. lgs. 9.4.2008, n. 81, nella parte in cui, stabilendo che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale previsti dalla citata norma non si applicano le disposizioni di cui alla l. 7.8.1990, n. 241, esclude l'applicazione ai medesimi provvedimenti dell'obbligo di motivazione sancito dall'art. 3, co. 1, l. cit. Invero l'art. 3, co. 1, l. 241/1990 sancisce ed estende il principio, di origine giurisprudenziale, che in epoca anteriore all'entrata in vigore aveva già affermato la necessità della motivazione, con particolare riguardo al contenuto degli atti amministrativi discrezionali, nonché al loro grado di lesività rispetto alle situazioni giuridiche dei privati, individuando nella insufficienza o mancanza della motivazione stessa una figura sintomatica di eccesso di potere. A sua volta l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa, ed è radicato negli artt. 97 e 113 cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e d'imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale. Del resto, la giusta e doverosa finalità di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, non è in alcun modo compromessa dall'esigenza che l'amministrazione procedente dia conto, con apposita motivazione, dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato la decisione, con riferimento alle risultanze dell'istruttoria.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, ord. 5.1.2011, n. 14  
**DIA (oggi SCIA) - natura giuridica - poteri della PA - tutela dei terzo - rimessione alla plenaria.**

*Va rimessa all'adunanza plenaria la questione relativa alla natura giuridica della DIA, oggetto di un articolato orientamento giurisprudenziale, comportando essa rilevanti conseguenze in ordine al tipo di poteri facenti capo all'ente pubblico, nonché in ordine alla tutela del terzo. Secondo un primo orientamento la DIA (rectius SCIA) sarebbe atto avente natura oggettivamente e soggettivamente privata. Ne discenderebbe, tra l'altro, l'inapplicabilità delle regole relative al procedimento amministrativo, daché l'azione di controllo amministrativo sulla DIA si risolve in una funzione di "riscontro", che consiste nell'accertamento, anche dopo la scadenza del termine assegnato per il controllo inibitorio, della insussistenza delle condizioni legittimanti la intrapresa della attività, salvo il potere del terzo leso di diffidare l'ente all'esercizio dei poteri inibitori e sanzionatori.*

*In materia edilizia, viceversa, prevale la tesi della natura provvedimentoale, in considerazione: 1) dell'art. 23, co. 5, TU ed., che fa riferimento al titolo; 2) del successivo co. 6, che correla al decorso del termine la sussistenza del titolo abilitativo; 3) della estensione ex artt. 38 e 39 della disciplina degli interventi eseguiti in base in base a permesso annullato anche agli interventi realizzati con d.i.a.; 4) dell'art. 22 co. 3, secondo cui la denuncia è in alternativa al permesso di costruire; 5) del Tit. II del TU ed., dedicato ai "Titoli abilitativi", tra i quali sono ricompresi sia la denuncia di inizio di attività che il permesso di costruire.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 23.12.2010, n. 9381  
**Accesso - riservatezza dei terzi - diniego - illegittimità - condizioni.**

*Secondo i principi stabiliti dall'art. 24, l. 241/1990 e dal d.P.R. 352/1992, l'accesso, qualora venga in rilievo per la cura o la difesa di propri interessi, deve prevalere rispetto alla esigenza di riservatezza del terzo, la quale ultima non può peraltro mai essere quella dell'Amministrazione che ha formato i documenti cui l'interessato intende accedere ovvero delle persone chiamate ad esprimere il giudizio valutativo, ma solo quella di "terzi, persone, gruppi ed imprese"*

*Il regolamento del ministero della difesa (d.m. 14.6.1995 n. 519) che individua gli atti sottratti all'accesso in applicazione dell'art. 24, co. 2, l. 7.8.1990 n. 241, è illegittimo, e va pertanto disapplicato, nella parte in cui non consente la visione degli atti riguardanti la carriera dell'interessato e, come tali, non incidenti sulla riservatezza di altri soggetti terzi, ma solo per asserite ragioni di riservatezza dell'amministrazione.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.11.2010 n. 7981  
**Conferenza di servizi decisoria - atto conclusivo - valore endoprocedimentale.**

*Deve ritenersi sussistente uno iato sistematico fra la determinazione conclusiva della conferenza di servizi decisoria ed il successivo provvedimento finale, avendo soltanto quest'ultimo valenza effettivamente determinativa della fattispecie. E questo perché l'art. 14 quater, co. 2, l. 241/90, circa il carattere immediatamente esecutivo della determinazione conclusiva dei lavori della conferenza è stato espressamente abrogato con la novella del 2000; la l. 11.2.2005, n. 15, ha espressamente abrogato l'art. 14 ter, co. 7, che consentiva alle Amministrazioni dissenzienti di impugnare direttamente ed immediatamente la determinazione conclusiva della Conferenza di servizi. Inoltre, la scelta di mantenere un provvedimento espresso come momento conclusivo della complessiva vicenda appare ispirato dalla volontà di lasciare inalterato il complessivo sistema di garanzie trasfuso nel nuovo capo IV bis della l. 241/1990, con particolare riguardo all'onere di comunicazione, all'acquisto di efficacia e - sussistendone le condizioni - al carattere di esecutorietà del provvedimento; e all'esigenza di concentrazione dell'imputazione di responsabilità che nasce dall'assunzione della decisione*

*amministrativa consequenziale alla determinazione collegiale.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.11.2010, n. 7966  
**Provvedimento amministrativo - interpretazione - criteri negoziali - utilizzabilità.**

*Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, a norma del criterio di interpretazione di buona fede, sancito dall'art. 1366 c.c., applicabile anche agli atti amministrativi, gli effetti di questi ultimi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in virtù del principio costituzionale di buon andamento, da cui discende che la PA è tenuta ad operare in modo chiaro e lineare, così da fornire ai privati regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando possano derivarne conseguenze negative.*

*L'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss., c.c. per l'interpretazione dei contratti, regole tra le quali ha carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'Amministrazione ed il potere che essa ha inteso esercitare in base al contenuto complessivo dell'atto e tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo.*

*Nel caso di oscurità ed equivocità delle clausole del bando e degli altri atti che regolano la gara pubblica un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., secondo il quale nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede, impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati; da ciò la conseguenza che, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella dalla quale derivano ostacoli, e sia meno favorevole alle formalità inutili, ciò anche al*

*fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.11.2010 n. 7962  
**Provvedimento amministrativo - revoca - presupposti.**

*Ai sensi dell'art. 21 quinquies, l. 241/1990, come integrata dalla l. 15/2005, la revoca è consentita non solo in presenza di un sopravvenuto motivo di interesse pubblico contrario al mantenimento dell'atto, ma anche per il sopravvenuto "mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario", ciò che permette che l'agire amministrativo possa costantemente conformarsi alle finalità attribuitegli dal legislatore.*

TAR E. Romagna, Bo, Sez. I, 12.1.2011 n. 7  
**Accesso - denuncia di successione - diniego - illegittimità.**

*Sussiste un legittimo impedimento al rilascio di copia della denuncia di successione, dacché il combinato disposto degli artt. 18, co. 3, d.P.R. 131/1986 e 60 d. lgs. 346/1990 limita l'accesso agli atti assoggettati a registrazione alle parti contraenti, ai loro aventi causa e a coloro nel cui interesse la registrazione è stata eseguita. Ne discende che la domanda di accesso a una denuncia di successione da parte di un terzo deve essere preceduta da apposita autorizzazione del g.o. competente e la carenza di tale previa autorizzazione comporta l'insussistenza dell'obbligo dell'amministrazione finanziaria di consentire l'accesso e di rilasciare copia della denuncia richiesta.*

TAR Calabria, Rc., Sez. I, 16.12.2010, n. 1724  
**Accesso - informative ambientali - art. 3 d. lgs. 19.8.2005 n. 195 - portata - limitazioni - insussistenza.**

*L'art. 3 del d. lgs. 19.8.2005 n. 195, con il quale è stata data attuazione alla dir. 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale è volto a garantire la massima trasparenza sulla situazione ambientale e a consentire un controllo diffuso sulla qualità ambientale introducendo una fattispecie speciale di accesso in materia ambientale, che si connota, rispetto a quella generale prevista nella l. n. 241 del 1990, per due particolarità: l'estensione del*

*novero dei soggetti legittimati all'accesso; il contenuto delle cognizioni accessibili. Sotto il primo profilo, ai sensi dell'art. 3 cit. le informazioni ambientali spettano a chiunque le richieda, senza necessità, in deroga alla disciplina generale sull'accesso ai documenti amministrativi, di dimostrare un suo particolare e qualificato interesse.*

*Quanto al secondo aspetto, la medesima disposizione estende il contenuto delle notizie accessibili alle «informazioni ambientali» (che implicano anche un'attività elaborativa da parte dell'Amministrazione debitrice delle comunicazioni richieste), assicurando, così, al richiedente una tutela più ampia di quella garantita dall'art. 22 l. n. 241 del 1990, oggettivamente circoscritta ai soli documenti amministrativi già formati e nella disponibilità dell'amministrazione.*

*La norma dispone la eliminazione, resa palese dal tenore letterale dell'art. 3, di ogni ostacolo, soggettivo od oggettivo, al completo ed esauriente accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente, conseguentemente ogni indebita limitazione, per via ermeneutica, della legittimazione a pretendere l'accesso alle informazioni ambientali risulta preclusa sia dal tenore letterale della disposizione, sia dalla sua finalità. (In questo stesso senso anche TAR Calabria, RC, I, 3.9.2009 n. 818; TAR Lazio, III, 28.6.2006, n. 5272).*

TAR Lazio, Sez. II, 14.12.2010, n. 36519  
**Conferenza di servizi - natura - modello procedimentale e organizzativo - funzione - composizione interessi confliggenti di amministrazioni diverse.**

**Mancata partecipazione comune territorialmente interessato - illegittimità - sussiste.**

*La conferenza di servizi, quale modello di disciplina procedimentale e organizzativa, persegue una duplice finalità, quella «di semplificazione e snellimento dell'azione amministrativa», e di predisporre un locus istituzionale per la valutazione compositiva degli interessi coinvolti nel procedimento amministrativo, più attenta e ponderata perché concertata.*

*E che gli interessi della comunità risiedente sul territorio del comune di Agrigento meritassero una loro valutazione appunto compositiva con gli altri, pubblici e privati e di altre collettività*

implicati dall'opera di cui trattasi appare fuor di ogni dubbio.

Quanto alla funzione di coordinamento è tradizionale l'avviso giurisprudenziale per cui - in rispondenza al canone costituzionale del buon andamento dell'amministrazione pubblica, ed ai concetti di economicità, semplicità, celerità ed efficacia della sua attività, il compito della conferenza di servizi è quello della composizione delle discrezionalità amministrative e dei poteri spettanti alle amministrazioni partecipanti, nonché di contestuale esame degli interessi pubblici coinvolti, ponendosi come momento di confluenza delle volontà delle singole amministrazioni specie laddove si tratta del concorso di Amministrazione appartenenti a distinti apparati, insuscettibili di coazione mediante direttive vincolanti emesse da un organo di vertice.

La partecipazione alla Conferenza di servizi si mostra necessaria per quei comuni il cui territorio è interessato dalla realizzazione del progetto nonché dai connessi impatti ambientali, relativamente alla localizzazione degli impianti, opere o interventi principali ed agli eventuali cantieri o interventi correlati (cfr., in tal senso, TAR E.Romagna, Bo, I, 6.10.2009, n. 1755). In tal caso infatti è in gioco l'esigenza di tutelare le competenze costituzionalmente garantite delle autonomie territoriali, vieppiù avvertita dopo la riforma costituzionale del 2001 con i connessi profili del cd. multilevel governance.

La necessità di detta presenza, che rileva ai fini del pari necessario contemperamento degli interessi in gioco, non contraddice il vigente

meccanismo procedurale che ha comunque potenziato il ruolo (e la responsabilità) dell'amministrazione procedente cui è rimessa la determinazione finale, previa valutazione delle specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni « prevalenti » espresse in quella sede (cfr. TAR. Liguria Genova, sez. I, 11.7.2007, n. 1376).

Interessante pronuncia del TAR Lazio che prende una netta posizione in ordine alla funzione della conferenza decisoria in un'ottica di coordinamento e composizione delle discrezionalità delle diverse amministrazioni preposte a funzioni ed interessi potenzialmente confliggenti e chiamate a decidere. Se ne deduce la necessaria compartecipazione della scelta, la necessaria istruttoria e valutazione all'interno della conferenza. Precipitato della composizione degli interessi è la necessaria partecipazione del comune interessato nel cui territorio ricade l'opera, la cui mancanza crea un vulnus istruttorio e una illegittimità nella scelta discrezionale (Red. Paolo Pittori).

TAR Liguria, Sez. II, 10.11.2010 n. 10262

**Accesso - concorrente escluso - legittimazione - non sussiste.**

Non sussiste una posizione qualificata e differenziata tale da garantire l'accesso all'offerta tecnico progettuale ed economico finanziaria dell'unico concorrente rimasto in gara in capo al promotore della procedura di project financing successivamente escluso, con sentenza definitiva, dalla procedura ristretta per la scelta del concessionario.

«.....GA.....»

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 16.10.2009, n. 5324  
**Comuni e province - controlli - organi - revisori dei conti - nomina per la terza volta - possibilità - sussiste - ove vi sia intervallo di tempo tra i primi due mandati consecutivi e il terzo mandato.**

*Il divieto di nuova designazione previsto dal d. lgs. n. 267/2000, art. 235, co. 1, riguarda solamente il terzo mandato immediatamente dopo due periodi consecutivi; pertanto, qualora invece vi sia un intervallo tra i primi due mandati consecutivi e un terzo mandato, il professionista riacquisterebbe la possibilità di partecipare all'organo di revisione.*

I revisori contabili degli enti locali potranno ricevere un terzo incarico dopo un adeguato intervallo.

Questa è la conseguenza dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 5324 del 26.10.2009 relativa al collegio dei revisori di un comune pugliese.

Ai sensi dell'art. 235 del d. lgs. n. 267/2000 l'organo di revisione dura in carica tre anni ed i suoi componenti sono rieleggibili per una sola volta. Nel caso in cui tale norma fosse interpretata come assoluto divieto di terzo incarico di revisione, le capacità professionali costruite e perfezionate nel periodo di revisione andrebbero tuttavia perse. Il revisore, dunque, dopo due incarichi consecutivi non avrebbe più la possibilità, in tutta la sua carriera professionale, di far parte di un collegio di revisione di un ente locale.

Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza di cui è massima, non condivide tale tesi precisando che il divieto di nuova designazione riguarda solamente il terzo mandato immediatamente dopo due periodi consecutivi; qualora invece vi sia un intervallo tra i primi due mandati consecutivi ed un terzo mandato, il professionista riacquisterebbe la possibilità di partecipare all'organo di revisione.

Deve ritenersi superato, dunque, il rischio di un'eccessiva contiguità tra revisori ed amministratori che era posto alla base dell'interpretazione limitatrice degli incarichi di revisione di cui alla suindicata norma.

Orbene, nel caso del comune pugliese, l'esistenza dell'interruzione per una legislatura

tra i due precedenti incarichi consecutivi di revisione non impedisce una nuova designazione. Si supera in questo modo definitivamente il parere del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti del 15.7.2009 proprio sulla rieleggibilità del revisore negli enti locali (*Red. Daniela Pozzilli*).

TAR Lombardia, Sez. II, 8.1.2011, n. 10

**Poteri del Sindaco - provvedimento amministrativo – limitazione circolazione stradale - art. 107 TUEL - competenza del dirigente - va coordinata.**

**Poteri del Sindaco - limitazione della circolazione stradale - effetti del provvedimento - principio di proporzionalità - deve essere rispettato.**

*L'art. 7 d. lgs. 30.4.1992 n. 285, che assegna al Sindaco il potere di regolamentare la circolazione dei veicoli nei centri abitati, va coordinata con quella posteriore dell'art. 107 del d. lgs. 18.8.2000 n. 267, che attribuisce ai soli dirigenti comunali la competenza di adottare gli atti e i provvedimenti il cui effetto è quello di impegnare l'amministrazione verso l'esterno; pertanto la competenza del Sindaco in tema di limitazioni della circolazione deve ritenersi tratta nella sfera di competenza propria del dirigente di settore in ragione della natura di gestione ordinaria della funzione esercitata.*

*Il provvedimento amministrativo con cui il Sindaco pone dei vincoli alla circolazione stradale si risolve in una limitazione della sfera di libertà del cittadino che va operata nel rispetto del principio di proporzionalità, principio che comporta un'indagine trifasica diretta a verificare il rispetto dei tre canoni di idoneità, necessità ed adeguatezza del provvedimento amministrativo.*

La sentenza di cui è massima riguarda la competenza o meno del Sindaco ad adottare una ordinanza che limiti la circolazione in una strada e l'indagine "trifasica" che la PA deve svolgere in materia, nonché i limiti di applicabilità del principio secondo cui, nel caso di accoglimento della censura riguardante la competenza, il G.A. deve arrestare il suo esame (*Red. Rossana Airò*).

TAR Toscana, Sez. II, 23.12.2010, n. 6860

**Comuni e province - ordinanza contingibile e urgente - art. 54 TUEL - sospensione attività di balneazione - mancato rispetto delle condizioni igienico-sanitarie minime - accordo tra Stato e regioni del 16.1.2003.**

*Devono ritenersi sussistenti i presupposti per l'emissione di un'ordinanza contingibile e urgente, ex art. 54 del d. lgs. n. 267 del 2000, allorché il Sindaco di un comune, per ragioni di tutela della salute pubblica, ordina la sospensione di un'attività di balneazione per mancato rispetto delle condizioni igienico-sanitarie minime previste dall'accordo tra Stato e regioni del 16.1.2003, che fissa i parametri relativi alla concentrazione di sostanze nocive per la salute all'interno delle acque destinate alla balneazione.*

La vicenda portata all'esame del Giudice Amministrativo concerne la legittimità dei provvedimenti con cui il Sindaco di un comune ha ordinato ai gestori di una piscina pubblica, dapprima, di provvedere, entro tre giorni dalla notifica, al ripristino dei parametri dell'acqua della piscina nei limiti previsti dalla normativa vigente e successivamente, stante l'inottemperanza all'ordinanza, l'immediata sospensione dell'attività di balneazione.

I gestori della piscina, con il ricorso, hanno eccepito l'illegittimità dei provvedimenti in questione, in primo luogo, sostenendo l'insussistenza dei requisiti per l'adozione dei provvedimenti contingibili e urgenti così come delineati dall'art. 50 del d. lgs. n. 267/2000.

Invero, come ha ritenuto il Giudicante, il Sindaco non ha inteso avvalersi dei poteri di cui all'art. 50 TUEL secondo cui *“in caso di emergenza sanitaria o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale”*, ma del potere di cui all'art. 54, co. 2, all'epoca vigente del TUEL secondo cui *“il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini”*.

Il predetto art. 54, interamente riformulato ad opera del d.l. n. 92/2008, conv. con modif. in l. 125/2008 (c.d. decreto sicurezza) pone in evidenza la complessità della figura del Sindaco, il quale, in qualità di Ufficiale di Governo e non di amministratore locale (così come prevede la

disciplina dell'art. 50 TUEL), con lo svolgimento di propri poteri e con la collaborazione del Prefetto, provvede a prevenire con provvedimenti urgenti e/o eliminare evidenti gravi pericoli che minacciano la comunità.

Nel caso di specie, infatti, dalle analisi effettuate dall'ARPAT sui campioni sia dell'acqua di immissione, sia su quella contenuta nella vasca della piscina, era emerso che la piscina gestita dai ricorrenti non era conforme alle disposizioni previste dall'accordo tra Stato e regioni del 16.1.2003, che fissa i parametri relativi alla concentrazione di sostanze nocive per la salute all'interno delle acque destinate alla balneazione. Infatti, era stata riscontrata una concentrazione di coliformi e nitrati superiore di oltre il doppio rispetto alla soglia fissata dall'accordo con evidente pericolo alla salute dei bagnanti, specie in considerazione della frequenza dell'impianto da parte dei bambini abitanti nell'area interessata.

Pertanto, sotto questo profilo, il Giudice amministrativo adito, ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'esercizio del potere ai sensi dell'art. 54 cit. rigettando il ricorso nella parte in cui i ricorrenti ne sostenevano l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 50 cit..

Relativamente al diverso profilo di asserita illegittimità dedotto dai ricorrenti secondo cui, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990, nonché dell'art. 3 della medesima legge, il Sindaco avrebbe dovuto interpellare i gestori della piscina prima di emettere i provvedimenti impugnati, il Giudice amministrativo ha chiarito che nella fase dell'accertamento tecnico, in presenza di un interesse pubblico (la salute dei bagnanti della piscina) che può essere tutelato solo attraverso l'esercizio dei poteri sindacali *extra ordinem*, non sussiste per l'amministrazione l'obbligo di instaurare un contraddittorio con gli interessati le cui eventuali controdeduzioni potranno essere vagliate successivamente (*Red. Giuseppe Antonacci*).

TAR Campania, Na, Sez. III, 20.12.2010 n. 27688

**Autorizzazioni - installazione deposito oli minerali - parere comunale - competenza - giunta - va esclusa - dirigente - sussiste.**

*Spetta al dirigente, e non alla giunta comunale, il rilascio del parere sull'autorizzazione alla installazione di un deposito di oli minerali a uso agricolo e commerciale ex art. 4, d.P.R. 420/1994.*



*Com'è noto, infatti, l'art. 107 TUEL affida ai dirigenti tutti i compiti gestionali dell'ente locale, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno; mentre la giunta comunale ai sensi dell'art. 48 ha competenze residuali per gli atti rientranti nelle funzioni degli organi di governo, che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalla legge o dallo statuto, del Sindaco o degli organi di decentramento.*

TAR Sicilia, Pa, Sez. I, 7.12.2010, n. 14261

**Comuni e province - controllo sugli organi - art. 143 del TUEL - vizi del procedimento - omessa comunicazione di avvio del procedimento - annullabilità del provvedimento di scioglimento del consiglio comunale ex art. 143 TUEL - sussiste.**

*La comunicazione di avvio del procedimento costituisce regola generale di partecipazione procedimentale suscettibile solo di tipiche e ragionevoli eccezioni, che inducano a ritenere irrilevante per le sorti del procedimento la partecipazione degli interessati; pertanto, è annullabile il provvedimento di scioglimento del consiglio comunale per accertate infiltrazioni mafiose ex art. 143 del d. lgs. n. 267/2000 per omessa comunicazione di avvio del procedimento, atteso che l'esame procedimentale delle deduzioni degli interessati avrebbe potuto incidere, almeno sul piano motivazionale, sulla valutazione degli elementi indiziari della sussistenza di una infiltrazione mafiosa nella gestione dell'amministrazione locale.*

Con la sentenza in esame, il Collegio adito ha annullato il decreto di scioglimento del consiglio comunale di due amministrazioni comunali siciliane nelle quali erano state accertate forme di infiltrazioni e condizionamento da parte di organizzazioni criminali mafiose, in quanto tale provvedimento era stato adottato senza consentire agli interessati alcuna forma di partecipazione al procedimento e senza la comunicazione di avvio dello stesso.

La fattispecie tra origine da presunte irregolarità riscontrate in ordine a un contratto di appalto stipulato dalle amministrazioni ricorrenti con una Cooperativa sociale per l'affidamento del servizio di gestione di una casa di riposo per anziani, alla luce delle quali era stato disposto il provvedimento ex art. 143 del TUEL di scioglimento del consiglio comunale.

La citata disposizione legislativa dispone, tra le possibili forme di controllo degli organi delle amministrazioni locali da parte del Governo centrale, lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali coinvolti da fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso.

Nello specifico, tale misura può essere disposta, ai sensi dell'art. 141 del TUEL, nel caso in cui l'organo comunale compia atti contrari alla costituzione ovvero gravi e persistenti violazioni di legge, per gravi motivi di ordine pubblico, nonché quando non possa essere assicurato il normale funzionamento degli organi e dei servizi per impedimento permanente, rimozione, decadenza, decesso del sindaco o del presidente della provincia, dimissioni del sindaco o del presidente della provincia, cessazione dalla carica, oppure quando non sia approvato nei termini il bilancio.

Fuori dei casi previsti dall'art. 141, l'art. 143 del TUEL dispone che i consigli comunali e provinciali siano sciolti con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, quando, anche a seguito di accertamenti, emergano elementi su collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata o su forme di condizionamento degli amministratori stessi, che compromettono la libera determinazione degli organi elettivi e il buon andamento delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi alle stesse affidati ovvero che risultano tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica.

Il Collegio adito ha ritenuto che il provvedimento in esame fosse illegittimo per violazione di legge, derivante dall'omessa comunicazione di avvio dello stesso, discostandosi in tal modo da precedenti pronunce giurisprudenziali che al contrario avevano asserito che tale adempimento procedurale non fosse indispensabile, alla luce del carattere urgente nell'adozione del provvedimento *de quo*, che costituirebbe la reazione dell'ordinamento nelle ipotesi di attentato all'ordine e alla sicurezza pubblica, ritenuto che gli interessati sarebbero comunque a conoscenza dell'avvio del procedimento per effetto delle indagini avviate dalla Commissione di accesso<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. TAR Campania, I, 3.9.2009, n.4891; CdS, VI, n. 1222 del 13.3.2007.

La sentenza in esame, invece, ha aderito a un opposto orientamento giurisprudenziale<sup>2</sup> (CdS, 5146/2007) secondo il quale sarebbe giustificata una tesi interpretativa volta ad escludere la necessità della comunicazione di avvio del procedimento solo nelle ipotesi di un'espressa previsione legislativa in tal senso, ovvero, in mancanza, in ipotesi di affermata irrilevanza della partecipazione procedimentale, ricavabili dal contesto sistematico o dagli interessi sottesi.

Nel caso di specie, proprio la consistenza degli interessi in gioco, correlati al regolare svolgimento delle funzioni degli enti locali e alla fisiologica conclusione del mandato elettivo degli organi politico-amministrativi esige che le parti interessate siano adeguatamente e tempestivamente coinvolte nel procedimento.

Tale conclusione è ulteriormente avvalorata dalla previsione, nei casi di necessità e urgenza, la speciale misura cautelare prevista dal co. 5 dell'art. 143 del TUEL, della sospensione degli organi di carica ricoperti, con provvedimento del Prefetto, in attesa del decreto di scioglimento.

Infatti, secondo il Collegio giudicante, la previsione di una fase cautela tipica diretta a regolare, nel rispetto del principio di legalità, l'adozione di eventuali interventi repressivi immediati e urgenti, induce a ritenere che il procedimento in esame si debba svolgere, in via ordinaria, nel rispetto dei principi generali di partecipazione procedimentale disposti della l. n. 241/1990 (*Red. Lorena Caruso*).

TAR Piemonte, Sez. I, 3.12.2010 n. 4377

**Sindaco - indennità di carica - consigliere provinciale - gettone di presenza - cumulo - possibilità - sussiste.**

*Sono cumulabili l'indennità di carica (di Sindaco) e il gettone di presenza (del consigliere provinciale), giusta la interpretazione logica "a contrario" dall'art. 82, co. 7, TUEL, che vieta unicamente il cumulo tra l'indennità dei carica – di Sindaco – e il gettone di presenza per il caso in cui il Sindaco sia anche consigliere o assessore nel medesimo ente. Infatti, mentre nell'ultima ipotesi il divieto è ispirato alla commendevole ratio di scongiurare locupletazioni agevolmente determinabili mediante un abuso della facoltà di convocare adunanze degli organi collegiali dello stesso ente nel quale il Sindaco sia anche consigliere comunale o as-*

*sessore; qualora quelle funzioni siano svolte per enti locali diversi non v'è spazio per un'applicazione estensiva del divieto di cumulo in argomento, interpretazione che colliderebbe con il divieto di applicazione analogica o estensiva di norme eccezionali di cui all'art. 14 delle disp. prel. cod. civ.*

*Né rileva, in contrario, il divieto di cui al co. 5 del medesimo articolo, che opera solo limitatamente alle indennità di funzione.*

TAR Campania, Na, Sez. VI, 2.12.2010, n. 26573

**Comuni e province - accesso ai documenti amministrativi - ex art. 43 TUEL - consigliere comunale - ratio - esercizio del mandato - accesso ex artt. 10 TUEL o 22 l. n. 241/1990 - differenza.**

**Comuni e province - accesso ai documenti amministrativi - ex art. 43 TUEL - consigliere comunale - obbligo di motivazione - esclusione.**

**Comuni e province - accesso ai documenti amministrativi - ex art. 43 TUEL - consigliere comunale - preclusioni derivanti dalla natura dei dati - esclusione - diniego di accesso - solo nei casi espressamente previsti dalla legge.**

**Comuni e province - accesso ai documenti amministrativi - ex art. 43 TUEL - consigliere comunale - ruoli Tarsu/Tia o ICI - preclusioni - non sussistono.**

**Comuni e province - accesso ai documenti amministrativi - ex art. 43 TUEL - consigliere comunale - modalità - rilascio su supporto informatico - legittimità.**

*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 le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale; il diritto di accesso loro riconosciuto ha una ratio diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi ex art. 10 TUEL ovvero ex art. 22 della l. 241/1990: 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 eventualmen-*

<sup>2</sup> Cfr. CdS, V, 4.10.2007, n. 5146.

*te lese, quello riconosciuto ai consiglieri comunali è strettamente funzionale all'esercizio del proprio mandato, alla verifica ed al controllo del comportamento degli organi istituzionali decisionali dell'ente locale 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.*

*Sul consigliere comunale non può gravare alcun particolare onere di motivare le proprie richieste di accesso, atteso che diversamente opinando sarebbe introdotta una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio del mandato elettorale; dal termine "utili", contenuto nell'art. 43 del d. lgs. n. n. 267/2000, non può conseguire alcuna limitazione al diritto di accesso dei consiglieri comunali, garantendo, in realtà, detto aggettivo l'estensione di tale diritto a qualsiasi atto ravvisato utile per l'esercizio del mandato.*

*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; pertanto, va esclusa la possibilità di diniego in ragione della natura dei dati, potendo e dovendo l'accesso essere negato solo ove sia la legge a precluderlo expressis verbis.*

*I consiglieri comunali hanno titolo all'accesso ai ruoli Tarsu/Tia ed ICI non essendovi preclusioni di legge al rilascio; in particolare, detti ruoli non rientrano fra i documenti amministrativi sottratti all'accesso dall'art. 24 della legge sul procedimento, non costituendo essi documentazione interna ai singoli procedimenti tributari (attività di accertamento) "per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano" (lettera b dell'art. 24); né è a dirsi che costituiscano dati sensibili, ancorché anche tale qualificazione non ne precluderebbe di per sé, sempre e comunque, l'accesso.*

*In presenza di dati non sensibili e considerato l'obbligo di riservatezza che astringe i consiglieri comunali non vi sono preclusioni al rilascio di documenti amministrativi su supporto magnetico, sempre che, tuttavia, essi consiglieri - nel rispetto delle regole che presiedono l'istituto dell'accesso - forniscano adeguata giustificazione delle ragioni a sostegno dell'interesse tutelabile anche in ordine alla*

*modalità prescelta: se supporto informatico o cartaceo.*

Con la sentenza per cui è massima, il TAR Campania prende posizione in tema di richiesta di accesso ai documenti amministrativi avanzata dal consigliere comunale *ex art. 43 TUEL*.

La vicenda trae origine, in particolare, dalla richiesta di copia in formato elettronico dei ruoli Tarsu/Tia ed ICI avanzata da alcuni consiglieri di minoranza nei confronti della propria amministrazione, richiesta alla quale era seguito il diniego dell'ente locale.

Sul punto, il TAR ha affermato, in primo luogo, che l'accesso agli atti è un diritto del consigliere comunale, ovvero provinciale, non sottoposto a condizioni, giusto il dettato di cui all'art. 43, 2 co. TUEL, a mente del quale "*i consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge*".

Dal dettato della legge, dunque, discende l'inesistenza di un particolare obbligo di motivazione del consigliere comunale che, invece, ha pieno diritto di accedere alle informazioni in possesso dell'amministrazione, al fine di poter consapevolmente e più accuratamente svolgere il proprio mandato elettorale. Ciò, a maggior ragione se - come nel caso di specie - il consigliere appartiene alla minoranza, a cui propriamente l'ordinamento attribuisce, in virtù dei principi fondanti del sistema democratico, stringenti poteri di controllo e di verifica dell'operato della maggioranza e, quindi, dell'esecutivo, qui inteso nella sua più larga accezione di apparato politico ed amministrativo che a tali controlli non può certo sottrarsi negando l'accesso alla documentazione richiesta (cfr. CdS, IV, 21.8.2006, n. 4855). In altri termini, ha sottolineato il Tribunale, ben differente è la *ratio* sottesa al diritto di accesso del consigliere, rispetto a quella che contraddistingue l'accesso ai documenti amministrativi riconosciuto alla generalità dei cittadini *ex art. 10 TUEL*, ovvero al soggetto in possesso di un "*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*" di cui all'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo. Nella prima ipotesi, infatti, il diritto di accesso è riconosciuto in virtù di un interesse

pubblico e cioè il corretto esercizio del mandato elettorale e non di un interesse privato, quale quello di conoscere atti o documenti, al fine della tutela di una propria situazione soggettiva eventualmente lesa, che deve essere, al contrario, correttamente giustificato. Ciò chiarito, il giudice amministrativo ha avuto anche cura di precisare gli eventuali limiti all'accesso che possono derivare dalla natura riservata dei dati in possesso dell'amministrazione, individuandoli nei casi espressamente previsti dalla legge: in assenza di una espressa preclusione, pertanto, non può legittimamente negarsi accesso alla documentazione, e ciò a prescindere dalla natura "personale" ovvero "sensibile" dei dati.

Tale potere, infatti, è debitamente bilanciato dal segreto d'ufficio, al quale è vincolato il consigliere comunale e dalla relativa responsabilità penale, nell'ipotesi di utilizzi impropri o manipolazione dei dati, prevista dall'art. 167 del codice in materia di protezione dei dati personali e dalle diverse previsioni di reato introdotte nel codice Penale dalla l. 23.12.1993, n. 547, in materia di criminalità informatica; nel caso di specie, il Tribunale ha annullato il provvedimento di diniego, ritenendo legittimo l'accesso ai ruoli Tarsu/Tia ed ICI degli ultimi tre anni e rimettendo all'amministrazione il compito di individuare le concrete modalità di accesso, specificando l'assenza di motivi ostativi al rilascio su supporto informatico (*Red. Gian Paolo Cortese*).

TAR Puglia, Le, Sez. III, 1.12.2010, n. 2765

**Comuni e province - potere di adeguamento alle variazioni degli indici ISTAT del contributo per il rilascio del permesso di costruire ai sensi dell'art. 16 d.P.R. 6.6.2001 n. 380 - esclusione della competenza dei dirigenti ex art. 107 del d. lgs. 18.8.2000 n. 267 - competenza del consiglio comunale ex art. 42 d. lgs. 18.8.2000 n. 267.**

*Il potere di adeguamento secondo gli indici ISTAT dei contributi dovuti per il rilascio dei permessi di costruire ex art. 16 d.P.R. 6.6.2001 n. 380, sia per la quota relativa agli oneri di urbanizzazione che per quella relativa ai costi di costruzione, non può spettare ai dirigenti, ai quali, in base all'art. 107 del d. lgs. 18.8.2000 n. 267, compete la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti e non la determinazione e regolamentazione dei contributi concessori. Tale potere spetta, nel rispetto delle compe-*

*tenze regionali in materia, al consiglio comunale, il quale, a norma dell'art. 42 d. lgs. 18.8.2000 n. 267, è organo di indirizzo e controllo politico-amministrativo, ha competenza con riferimento agli atti fondamentali inerenti, tra gli altri, l'istituzione e l'ordinamento dei tributi (con esclusione della determinazione delle relative aliquote) e la disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi.*

Nella specie, il TAR ha accolto un ricorso proposto avverso gli atti del Responsabile del servizio Ufficio Urbanistica di un ente locale, con i quali, questi, aveva proceduto all'adeguamento della misura dei contributi, dovuti ex art. 16 d.P.R. 6.6.2001 n. 380 ai fini del rilascio di un permesso di costruire in sopraelevazione di un immobile, prendendo in considerazione gli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai ed impiegati per la quota relativa agli oneri di urbanizzazione e agli indici ISTAT relativi al costo di costruzione di fabbricato residenziale per la parte relativa ai costi di costruzione.

Il TAR ha condiviso la tesi di parte ricorrente, secondo cui il potere di determinare ed aggiornare i contributi dovuti ex art. 16 cit. spetta solo all'organo rappresentativo di tutti i cittadini e non già ai dirigenti pubblici.

Il Collegio ha ritenuto, infatti, che, nella fattispecie, il dirigente comunale aveva adoperato "un potere ampiamente discrezionale, senza che su tale atto vi fosse alcun indirizzo politico". Inoltre, ha aggiunto che tale determinazione non era coerente con l'art. 16 d.P.R. citato e con una disposizione di legge regionale, secondo cui, in assenza di un'apposita determinazione della regione sulle "percentuali di aumento e diminuzione della misura dei costi di urbanizzazione", i comuni possono procedere all'adeguamento degli oneri di urbanizzazione in base alle variazioni degli indici ISTAT del costo di costruzione di un fabbricato residenziale. Ne deriva che, in base a tale normativa, la scelta di procedere all'adeguamento dei contributi rientra nella discrezionalità dei consigli comunali. Pertanto, sulla base di tali considerazioni, il TAR ha concluso per l'accoglimento del ricorso proposto, tenuto conto che, nella fattispecie, il "potere impositivo" non spettava al dirigente, ma al consiglio comunale (*Red. Alessandra Farruggio*).

TAR Toscana, Sez. II, 24.11.2010, n. 6600



**Comuni e province - Sindaco - ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 54 del d. lgs. n. 267/2000 - presupposti adozione.**

**Comuni e province - sindaco - ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 54 del d. lgs. n. 267/2000 - orario esercizi commerciali - presupposti e limiti.**

*Il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 54 del d. lgs. n. 267/2000, pur dopo il suo ampliamento ad opera della l. n. 125/2008 di conversione del d. lgs. n. 92/2008, può essere esercitato dall'amministrazione solo per far fronte a situazioni straordinarie in cui non si potrebbe intervenire con i poteri tipici ad essa attribuiti; pertanto, il potere di cui trattasi deve essere soggetto al principio di legalità e il suo utilizzo deve essere limitato ai casi di urgenza e necessità da valutare caso per caso attraverso criteri di ragionevolezza e proporzionalità, dovendo la contingibilità essere intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità della situazione su cui interviene l'ordinanza.*

*Il potere sindacale di adottare, mediante ordinanza contingibile ed urgente, limitazioni di orario dei pubblici esercizi presuppone l'emergere o l'aggravio improvviso di situazioni di rilevante disagio dei residenti, per fronteggiare le quali il comune non dispone – nell'immediato – di altri strumenti, diversi dalla riduzione dell'orario di apertura e chiusura dei medesimi.*

La fattispecie in epigrafe trae origine da un'ordinanza contingibile ed urgente adottata dal Sindaco di un comune, mediante la quale veniva ingiunta al gestore di un esercizio per la vendita di generi alimentari (tra cui bevande alcoliche) l'anticipazione dell'orario di chiusura alle ore 18,00, ai fini di un miglioramento della qualità della vita e della sicurezza urbana nel quartiere.

La sentenza di cui è massima prende le mosse da un'attenta analisi dell'art 54 del d. lgs. n. 267/2000, richiamandone la originaria formulazione e soffermandosi sulle modifiche apportate dalla l. n. 125/2008, la quale ha notevolmente ampliato la competenza del Sindaco in materia di ordine pubblico e sicurezza urbana. In particolare il Collegio si sofferma sulla soppressione del co. 3 dell'art. 54 e sulla nuova formulazione del co. 4 che attribuisce al Sindaco, quale ufficiale di Governo, il potere di emanare *“con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali del-*

*l'ordinamento al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”.*

Il TAR rileva come l'ampiezza e l'incisività dei nuovi poteri conferiti all'organo di vertice dell'amministrazione comunale rendano necessaria, ai fini della loro applicazione, un'interpretazione particolarmente rigorosa onde renderla conforme ai dettati della costituzione; vi è, infatti, il rischio che tali poteri possano apparire – ad una prima lettura – esercitabili senza limiti di tempo e a prescindere da situazioni di urgenza, palesandosi perciò come una potenziale eversione della gerarchia delle fonti prevista dalla Carta costituzionale.

All'esito di una interpretazione costituzionalmente orientata, viene ribadito come il potere dell'amministrazione di emanare ordinanze contingibili ed urgenti, pur dopo il suo ampliamento, conservi la sua connotazione atipica e residuale: esso è esercitabile, sussistendone i presupposti di necessità ed urgenza, tutte le volte in cui non sia conferito dalla legge il potere di emanare atti tipici.

Nel caso di specie il TAR ritiene che le circostanze evidenziate dall'amministrazione a sostegno del provvedimento impugnato (ricollegabili a problematiche connesse all'ordine pubblico, all'igiene e al decoro urbano) siano *“prive, tra l'altro, di quella connotazione emergenziale idonea a rendere legittimo l'utilizzo di una strumentazione giuridica straordinaria”*; inoltre, secondo i Giudici non è dato cogliere alcun elemento che possa riconnettere l'apertura nelle ore dalle 18,00 alle 20,30 dell'esercizio della società ricorrente al turbamento della quiete e del riposo della persone ovvero alle situazioni di degrado urbane rilevate nell'ordinanza.

Il Collegio, annullando l'ordinanza impugnata, rileva, inoltre, come attraverso la reiterazione di un provvedimento restrittivo della libertà di impresa di cui la ricorrente è titolare, il comune finisca di fatto col regolare in maniera stabile e definitiva una situazione che viene definita invece come straordinaria (*Red. Ilaria De Nicola*).

TAR Toscana, Sez. I, 11.11.2010, n. 6572

**Comuni e province - art. 81 TUEL - così come novellato dalla l. 24.12.2007 n. 244 (l. finanziaria 2008) - aspettativa non retribuita per il mandato - spettanza - amministratori**

**investiti di responsabilità - consiglieri circoscrizionali - differenze.**

*Il testo dell'art. 81 TUEL novellato dall'art. 2 co. 24 della l. finanziaria 2008, nella parte in cui cita i "consiglieri di cui all'art. 77 co. 2", va interpretato in senso letterale e quindi riferito esclusivamente ai soggetti definiti espressamente come consiglieri da tale norma assumendo il termine "consigliere" un significato tecnicamente preciso ed essendo riferito specificamente nell'ambito della categoria degli amministratori locali di cui all'art. 77 co. 2 TUEL, a soggetti puntualmente individuati (i Consiglieri comunali, provinciali e delle comunità montane); pertanto, mentre ai sensi dell'art. 81 TUEL, precedente la modifica introdotta dalla l. finanziaria 2008, la possibilità di essere collocati a richiesta in aspettativa non retribuita per tutto il periodo di espletamento del mandato era prevista in favore di tutti gli amministratori locali di cui all'art. 77 co. 2 TUEL, che fossero lavoratori dipendenti, a seguito dell'introduzione della predetta distinzione tale beneficio è riservato solo ad una parte di essi, ossia agli amministratori investiti di particolari responsabilità, risultando invece prevista per i restanti amministratori, tra cui i consiglieri circoscrizionali, la possibilità di usufruire dell'aspettativa non retribuita, ma con assunzione a proprio carico dell'intero pagamento degli oneri previdenziali, assistenziali e assicurativi.*

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda il ricorso proposto in seguito al respingimento dell'istanza con cui il ricorrente, successivamente all'elezione come consigliere circoscrizionale, ha chiesto all'amministrazione militare di essere collocato in aspettativa "a domanda" senza assegni.

Il testo dell'art. 81 TUEL, prima della modifica introdotta dall'art. 2 co. 24, l. 244 del 2007 (l. finanziaria 2008), prevedeva la possibilità di essere collocati a richiesta in aspettativa non retribuita per l'intero periodo di espletamento del mandato in favore di tutti gli amministratori locali di cui all'art. 77, co. 2, TUEL, che fossero lavoratori dipendenti.

Successivamente la predetta legge ha introdotto una netta distinzione tra gli amministratori locali ricompresi nel novero di cui all'art. 77, co. 2, cit., riservando il beneficio di cui sopra solo ad una parte di essi (Sindaci, Presidenti delle Province, Presidenti dei consigli comunali e provinciali, Presidenti dei consigli circoscrizionali

dei comuni, città metropolitane, Presidenti delle comunità montane e delle unioni di comuni, membri delle giunte di comuni e province), cioè agli amministratori investiti di particolari responsabilità.

Secondo il giudice amministrativo, come affermato nella sentenza interpretativa qui in commento con la quale ha respinto il ricorso ritenendolo infondato, va privilegiata un'interpretazione restrittiva del novellato art. 81 TUEL nella parte in cui cita "i consiglieri di cui all'art. 77, co. 2" sulla base di due distinte ragioni.

In via preliminare il termine "consiglieri" utilizzato dal legislatore del 2007 assume un significato preciso dal punto di vista tecnico ed è riferito specificamente, nell'ambito della categoria degli amministratori locali di cui all'articolo 77, co. 2, cit., a soggetti precisamente individuati.

Il giudice amministrativo ha affermato che qualora si ritenesse che la novella legislativa abbia utilizzato tale termine in senso lato si svilirebbe la portata letterale della norma, che avrebbe potuto essere formulata in termini maggiormente generici ed omnicomprensivi in relazione agli amministratori esclusi dal novero dei soggetti di cui alla prima parte dell'art. 81, come modificato dalla l. n. 244 del 2007.

Inoltre, la modifica del 2007 è stata introdotta con legge finanziaria 2008 nell'ambito di una serie di disposizioni finalizzate al contenimento della spesa pubblica, con specifico riferimento ai cosiddetti "costi della politica".

Pertanto, a seguito dell'introduzione della predetta distinzione tra gli amministratori locali tale beneficio è riservato solo ad una parte di essi, risultando invece prevista per i restanti amministratori, tra cui vanno ricompresi i consiglieri circoscrizionali, la possibilità di usufruire dell'aspettativa non retribuita, ma con assunzione a proprio carico dell'intero pagamento degli oneri previdenziali, assistenziali e assicurativi.

Ad avviso del TAR Toscana, quindi, in questo settore, per quanto interessa il giudizio all'esito del quale è stata pronunciata la sentenza in commento, il legislatore ha inteso ridurre i costi operando una selezione tra gli amministratori locali al fine di differenziare i consiglieri (intendendosi per tali quelli comunali, provinciali e delle comunità montane) dai componenti di altri organismi (unioni di comuni, consorzi fra enti locali, organi di decentramento) nonostante svolgano funzioni analoghe, rientrando tale

scelta nell'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore e non apparendo ciò al giudice amministrativo né irragionevole, né discriminatoria, né tantomeno, contrastante con i precetti costituzionali invocati nel ricorso (artt. 3 e 51 Cost.), tenuto conto che nell'ordinamento delle autonomie locali (quale risulta innanzitutto dal d. lgs. n. 267/2000) il ruolo degli organismi di cui sopra è istituzionalmente meno rilevante (e neppure necessario) rispetto a quello degli altri enti (comuni, province e comunità montane) presi in esame (*Red. Carolina Morici*).

TAR Sardegna, Sez. I, 28.10.2010, n. 2350

**Comuni e province - procedura di affidamento contratti pubblici - artt. 48, 107 e 192 d.lgs. 267/2000 - giunta comunale - adozioni di atti di gestione amministrativa, tecnica e finanziaria - competenza - dirigenziale.**

*Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, si considera illegittima l'assegnazione di ogni fase, compresa quella di predisposizione e approvazione dell'avviso o del bando, di nomina della commissione giudicatrice, nonché quella conclusiva di aggiudicazione definitiva del contratto, quando queste sono predisposte dalla giunta, quale organo politico del comune, attribuendo specificatamente, gli artt. 107 e 192 del d. lgs. 267 del 2000, in via esclusiva ai dirigenti, ovvero ai responsabili dei servizi, la gestione amministrativa, tecnica e finanziaria; pertanto, la Giunta comunale, i cui compiti sono ricavabili dall'art. 48 del TUEL, è conseguentemente incompetente all'adozione di atti di natura gestionale quali la nomina della commissione di gara e la scelta del soggetto contraente.*

La fattispecie in epigrafe trae origine dal ricorso presentato al TAR Sardegna, da una società italiana, per l'annullamento di una delibera della Giunta comunale, con la quale si affidava ad altra Società controinteressata il servizio di risparmio ed efficienza energetica mediante finanziamento tramite terzi.

La società ricorrente, in particolare, lamentava la violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica come indicati nel TUEL, in quanto la Giunta comunale è *incompetente nell'adozione di atti di natura gestionale* ed eccepiva, nel merito, la carenza di motivazione e la violazione del principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, come codificato dall'art. 97, co. 1, cost. (*"I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*), considerato che nella procedura *de qua* risultavano violati i principi di pubblicità della apertura delle offerte, di contestualità della presentazione delle stesse e di predefinitività dei criteri per la loro valutazione. Il TAR Sardegna accoglieva il predetto motivo di ricorso, richiamando gli artt. 107 e 192 del d. lgs. 267 del 2000, che includono tra le competenze esclusive dei dirigenti o dei responsabili dei servizi, l'iter delle procedure ad evidenza pubblica, specificando che in esse si distinguono e sono necessari diversi passaggi (o subprocedimenti): predisposizione, approvazione del bando, nomina della commissione giudicatrice ed, infine, aggiudicazione.

In particolare, la sentenza in commento ribadisce che le norme che disciplinano le procedure di gara nell'ambito degli enti locali, la qualificazione e la selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento ed i criteri di aggiudicazione, devono essere ricondotte nella competenza esclusiva dei dirigenti o dei responsabili dei servizi.

Da ciò discende, con ogni evidenza, che il principio di separazione dell'attività di governo da quella gestionale, di cui all'art. 107 del d. lgs. n. 267 del 2000, corollario del principio di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, implica che la Giunta comunale, quale organo politico, *non possa adottare atti di natura gestionale, come la nomina della commissione di gara e la scelta del soggetto contraente*, ai sensi dell'art. 48 del TUEL (*Red. Elisa Scozzo*).

«.....GA.....»

## - OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

*Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti*

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

Corte costituzionale, 26.11.2010, n. 344

**Energia - ambiente - impianti di energia eolica - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 3, co., l. reg. Puglia 31.12.2007, n. 40 (Disposizioni per la formazione del bilancio previsione 2008 e bilancio pluriennale 2008-2010 della regione Puglia) - art. 117, co. 2, lett. s), e co. 3, cost. - accoglimento parziale.**

*Il TAR Puglia ha sollevato questione di costituzionalità dell'art 3, co. 16, l. reg. Puglia 31.12.2007, n. 40 (Disposizioni per la formazione del bilancio previsione 2008 e bilancio pluriennale 2008-2010 della regione Puglia), nella parte in cui prevede che «la realizzazione dei parchi eolici è disciplinata dalle direttive di cui al Reg. 4.10.2006, n. 16 (Regolamento per la realizzazione di impianti eolici nella Regione Puglia)». Dato il rinvio, di tipo evidentemente ricettizio, che la disposizione censurata compie alle norme regolamentari, la Corte ha evidenziato che i rilievi di costituzionalità vanno riferiti sia alle norme regionali direttamente impugnate che alle norme regolamenti cui le norme impugnate rimandano.*

*La Corte costituzionale ha rilevato l'incostituzionalità di tali norme regionali, nella parte in cui prevedono aree non idonee all'installazione degli impianti eolici e i criteri per individuare le suddette zone. La Corte ha evidenziato che l'indicazione da parte delle regioni dei luoghi ove non è possibile costruire i suddetti impianti può avvenire solo a seguito dell'approvazione delle linee guida nazionali per il corretto inserimento degli impianti eolici nel paesaggio da parte della Conferenza unificata ex art. 12, co. 10, d. lgs. 29.12.2003, n. 387, dovendosi qualificare l'indicata norma quale espressione della competenza esclusiva dello Stato in materia ambientale.*

*La Corte ha rilevato che le norme regionali, impugnate nella parte in cui prevedono limiti, condizioni e adempimenti al cui rispetto è subordinato il rilascio dell'autorizzazione all'in-*

*stallazione di un impianto eolico, contrastano con l'art. 117, co. 3, cost. e, in particolare, con i principi fondamentali fissati dal legislatore statale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. La norma statale (art. 12, co. 3 e 4, d.lgs. n. 387 del 2003), ispirata a canoni di semplificazione, è finalizzata a rendere più rapida la costruzione degli impianti di produzione di energia alternativa e non contempla alcuna delle condizioni o degli adempimenti previsti dalle disposizioni regionali impuginate. In argomento, v. conformi C. cost.: 22.2.2010, n. 69, 22.3.2010, n. 119, 24.3.2010, n. 124 (Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 26.11.2010, n. 341

**Edilizia - urbanistica - rischio idrogeologico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della regione Toscana - art. 2, co. 191 e 240, l. 23.12.2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – l. finanziaria 2010) - artt. 117, co. 3, 118, co. 1, cost.; principio di leale collaborazione - accoglimento parziale.**

*La regione Toscana impugna di fronte alla Corte la disposizione (art. 2, co. 191) della legge finanziaria 2010 con cui è stabilito che la delibera del consiglio comunale di approvazione del protocollo d'intesa corredato dello schema dell'accordo di programma relativo agli immobili militari da trasferire costituisca variante allo strumento urbanistico generale, prescindendo dalla verifica di conformità con la pianificazione sovraordinata, compresa quella regionale. La norma ha la finalità di ottenere, attraverso la valorizzazione e l'alienazione degli immobili militari, le risorse necessarie a soddisfare le esigenze infrastrutturali e alloggiative delle Forze armate, mediante la costituzione di uno o più fondi di investimento immobiliare.*

*Nonostante il collegamento rilevato dalla stessa ricorrente con una simile disposizione del*



d.l. 25.06.2008, n. 112 (l'art. 58), già dichiarata incostituzionale, la Corte evidenzia che la disciplina dettata dalla norma impugnata ha una propria autonomia e prosegue nel giudizio. La Corte, quindi, giunge alla conclusione dell'illegittimità della norma, in quanto, rientrando la questione nella materia del governo del territorio di competenza concorrente, la legge dello Stato ha posto normativa di dettaglio e non solo criteri ed obiettivi.

La regione Toscana, inoltre, impugna anche il co. 240 della stessa legge, che dispone che l'individuazione delle situazioni a più elevato rischio idrogeologico, da risanare attraverso le risorse già stabilite con delibera del CIPE, sono individuate dal Ministero dell'ambiente, sentite le autorità di bacino e il dipartimento della protezione civile. La ricorrente lamenta la violazione dell'art. 17, co. 3, cost., poiché, in base a precedente decisione della stessa Corte, la materia sarebbe stata individuata nella tutela dell'ambiente, di esclusiva competenza statale, in cui, tuttavia, sarebbe necessario un momento di condivisione con le regioni interessate. Per lo stesso motivo, non essendo previsto un coinvolgimento decisionale della regione, viene fatta rilevare anche la violazione dei principi di leale collaborazione e di sussidiarietà.

La Corte dichiara quest'ultima questione non fondata. Posto che la materia della tutela dell'ambiente, infatti, è esclusivamente di competenza statale, lo Stato può fissare i livelli di tutela, spettando alle regioni, nel rispetto dei livelli, soltanto la regolazione della fruizione del bene "ambiente"; la competenza statale, quindi, risulta essere un limite alle competenze regionali. Inoltre, la Corte rileva che il coinvolgimento regionale è in realtà previsto dalla norma attraverso gli organi rappresentativi delle autorità di bacino.

In argomento, v. precedenti conformi: C. cost. 30.12.2009, n. 340, con cui la Corte dichiara incostituzionale l'art. 58 del d.l. 25.6.2008, n. 112; 23.7.2009, n. 232 e 4.12.2009, n. 315, con cui la Corte inquadra la materia della tutela ambientale (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 17.11.2010, n. 340

**Demanio e patrimonio statale, concessioni demaniali marittime - giudizio di legittimità**

**costituzionale su ricorso dello Stato - art. 16, co. 2, l. reg. Toscana 23.12.2009, n. 77 (Legge finanziaria per l'anno 2010) - artt. 117, co. 1, cost. e artt. 49 e 101, Trattato F.U.E - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 16, co. 2, l. reg. Toscana 23.12.2009, n. 77, che prevede un meccanismo di proroga per i titolari di concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, su richiesta del concessionario stesso, fino ad un massimo di venti anni dalla data di rilascio della concessione medesima.

Riprendendo i principi già indicati nella sentenza n. 180 del 2010, in cui aveva deciso un caso analogo, la Corte dichiara l'illegittimità della norma impugnata per violazione dell'art. 117, co. 1, cost., in relazione agli artt. 43 TCE (ora 49 TFUE) e 81 TCE (ora 101 TFUE). Infatti, ad avviso della Corte, la norma determina una disparità di trattamento tra gli operatori del settore, in violazione dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento; questo perché di fatto impedisce l'accesso di altri potenziali imprenditori non titolari di una concessione scaduta o in scadenza, ponendo quindi barriere all'ingresso tali da comprimere ed alterare l'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 29.11.2010, n. 334

**Apprendistato - istruzione - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del su ricorso del Presidente del Consiglio - art. 25, co. 1 e 2, 28, co. 1, l. reg. Abruzzo 4.12.2009, n. 30 - Art. 117, co. 2, lett. l) e n), e co. 3, cost.; principio leale collaborazione - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, co. 1, 2, 28, co. 1, l. reg. Abruzzo 4.12.2009, n. 30 (disciplina dell'apprendistato) per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. n), cost., nonché del principio di leale collaborazione. La Corte, nel ricostruire la disciplina legislativa relativa all'apprendistato e la propria giurisprudenza, afferma, in particolare, che l'art. 25, co. 1, l. reg. Abruzzo 4.12.2009, n. 30 invade la competenza statale sulle norme generali

sull'istruzione, prevedendo che l'apprendistato qualificante, mediante "formazione formale esterna" all'azienda, possa essere svolto da chi abbia compiuto il quindicesimo anno di età e non sia in possesso di una qualifica professionale. Gli artt. 25, co. 2, e 28, co. 1, invece, nel prevedere che la giunta regionale possa disciplinare in via autonoma i profili formativi dell'apprendistato, violano la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile e quella concorrente relativa ai principi fondamentali dell'istruzione e della tutela e sicurezza del lavoro. Inoltre le disposizioni censurate violano il principio di leale collaborazione, in quanto dispongono che la Regione possa provvedere unilateralmente a regolare la materia, anziché codeterminare i profili formativi dell'apprendistato per il tramite dello strumento (l'intesa) appositamente contemplato dalla legislazione statale. In argomento, v. conformi C. cost.: 2.11.2010, n. 309, 14.5.2010, n. 176, 24.1.2007, n. 24, 13.1.2005, n. 50 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 15.11.2010, n. 333

**Servizio sanitario - assunzioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, l. reg. Puglia 27.11.2009, n. 27 (Servizio sanitario regionale - assunzione e dotazioni organiche) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

La Corte ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dallo Stato sull'art. 1, l. reg. Puglia 27.11.2009, n. 27, che mette a disposizione, a livello regionale, per ulteriori assunzioni presso le aziende sanitarie e gli enti pubblici del servizio sanitario regionale, una quota di almeno il 60 per cento delle risorse derivanti dai minori costi per le cessazioni dal servizio dei dipendenti negli anni 2009 e 2010.

Secondo la Corte, la normativa impugnata non rispetta i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica stabiliti dall'art. 1, co. 565, l. 27.12.2006, n. 296, e dall'art. 2, co. 71, l. 23.12.2009 n. 191, i quali stabiliscono, per gli enti del servizio sanitario, un concorso al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso la fissazione di un tetto massimo delle spese del personale pari

alla spesa dell'anno 2004 diminuita dell'1,4 per cento.

La regione, infatti, attraverso la norma impugnata, non rispetta i principi contenuti nelle menzionate disposizioni statali, in quanto essa non prevede riduzioni di organico e dispone che, a partire dal 2009, i minori costi derivanti dalle cessazioni dal servizio negli anni 2009 e 2010 siano integralmente utilizzati per spese relative al personale sanitario.

Secondo la Corte, "la legislazione statale, in particolare, individua un fine, indica un mezzo per raggiungerlo e prevede un meccanismo di controllo" della spesa. Tali elementi sono disattesi dalla normativa regionale che, in tal modo, non rispetta i principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale in materia di coordinamento della finanza pubblica violando, quindi, l'art. 117, co. 3, cost. (Red. Diego De Magistris).

Corte costituzionale, 24.11.2010, n. 332

**Contrattazione collettiva - piano energetico ambientale regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 11, co. 5, e 57, co. 1, l. reg. Marche 22.12.2009, n. 31 (Disposizioni per la formazione del Bilancio annuale 2010 e pluriennale 2010/2012 della regione - l. Finanziaria 2010) - artt. 117, co. 1, 2, lett. l), e 3, e 120, co. 1, cost. - accoglimento.**

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa impugnata e, conseguentemente, dell'art. 57, co. 2 e 3, l. reg. Marche 22.11.2010, n. 31.

Tale norma concerne, da un lato, il trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici del comparto regioni ed autonomie locali ed interviene in una materia riservata alla contrattazione collettiva, volta a garantire uniformità su tutto il territorio nazionale, violando così, secondo la Corte, la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, come da giurisprudenza di legittimità richiamata (sent. 14.6.2007, n. 189).

Dall'altro, la normativa impugnata fissa le caratteristiche richieste per gli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da biomasse, affinché siano autorizzati nel territorio regionale e, secondo la Corte, dette questioni, dovendo essere inquadrate nell'ambito della

produzione, del trasporto e della distribuzione nazionale dell'energia, di competenza legislativa concorrente, risultano costituzionalmente illegittime in quanto attinenti ai principi fondamentali della materia e non alla disciplina di dettaglio.

Inoltre, sottolinea la Corte che la norma regionale si pone in netto contrasto con i principi fondamentali in materia di produzione, trasporto e distribuzione dell'energia, non prevedendo l'istituzione di una Commissione che fornisca le indicazioni per la valorizzazione energetica in una apposita relazione (*ex multis*, sent. 4.6.2010, 194, sent. 26.3.2010, n. 119 e sent. 9.11.2006, n. 364).

Infine, la Corte ha ritenuto di estendere la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27, l. n. 8/1953, ai co. 2 e 3, art. 57, l. reg. Marche n. 31/2009, in quanto, introducendo deroghe ai limiti previsti dalla disposizione dichiarata illegittima, non conservano alcuna autonomia, una volta venuta meno la disposizione della quale costituiscono parziale deroga (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 17.11.2010, n. 331

**Energia - ambiente - localizzazione impianti di produzione e stoccaggio di energia nucleare e dei depositi di rifiuti radioattivi - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 2, l. reg. Puglia 4.12.2009, n. 30 (Disposizioni in materia di energia nucleare); art. 8, l. reg. Basilicata 19.1.2010, n. 1 (Norme in materia di energia e Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale d. lgs. 3.4.2006, n. 152 - l. reg. n. 9/2007); art. 1, co. 2, l. reg. Campania, 21.1.2010, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione Campania - l. finanziaria 2010) - art. 117, co. 2, lett. s) e co. 3, cost. - accoglimento.**

Con la presente pronuncia, la Corte, riuniti i tre distinti ricorsi statali, si pronuncia sulla legittimità costituzionale degli art. 1, co. 2, l. reg. Puglia, n. 30/2009, art. 8, l. reg. Basilicata, n. 1/2010, e art. 1, co. 2, l. reg. Campania, n. 2/2010 che, con analoghe formule, vietano l'installazione sul territorio regionale di impianti di produzione di energia nucleare, di fabbricazione del combustibile nucleare, di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei ri-

fiuti radioattivi, di depositi di materiali e rifiuti radioattivi, salvo che venga previamente raggiunta un'intesa con lo Stato in merito alla localizzazione.

La Corte accoglie le censure di incostituzionalità delle citate disposizioni per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), e co. 3, cost. Più in particolare, la Corte chiarisce che le suddette disposizioni, nella parte in cui disciplinano i depositi di materiali e rifiuti radioattivi, contrastano con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost., mentre, nella parte relativa agli impianti di produzione, fabbricazione, stoccaggio dell'energia nucleare e del combustibile, violano l'art. 117, co. 3, cost. La Corte ricorda, infatti, che la disciplina dei depositi di materiali e rifiuti radioattivi va ricondotta alla materia della tutela dell'ambiente, di competenza statale esclusiva, mentre la disciplina afferente alla localizzazione degli impianti produttivi e di stoccaggio va ricondotta alla competenza legislativa concorrente di Stato e regioni, in quanto, secondo un giudizio di prevalenza, afferisce alla produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. La Corte ricorda altresì che, in entrambi i casi, resta ferma "la necessità di forme di collaborazione all'esercizio delle relative funzioni amministrative che la costituzione assicura al sistema regionale, e che vanno rinvenute, per il grado più elevato, nell'intesa tra Stato e regione interessata". Tuttavia, come la Corte chiarisce, la disciplina normativa di queste forme collaborative e dell'intesa stessa non compete alle regioni ma spetta al legislatore statale, "sia laddove questi sia chiamato a dettare una disciplina esaustiva con riferimento alla tutela dell'ambiente, sia laddove la legge nazionale si debba limitare ai principi fondamentali, con riferimento all'energia". In argomento, v. precedenti conformi: C. cost. 29.1.2005, n. 62; 26.6.2006, n. 247; 22.7.2010, n. 278 (Red. Mariella Iacono).

Corte costituzionale, 17.11.2010, n. 327

**Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 30, l. reg. Puglia 16.4.2007, n. 10 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2007 e bilancio pluriennale 2007-2009 della regione Puglia) - artt. 97, co. 3, e 117, co. 1, cost. - rigetto.**

*Il Consiglio di Stato, a seguito dell'appello avverso alla sent. n. 125/2008 del TAR Puglia, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, l. reg. Puglia n. 10/2007 per violazione degli artt. 97, co. 3, e 117, co. 1, cost.*

*La disposizione impugnata dispone che, in attuazione della l. n. 296/2006 (finanziaria 2007), la Giunta regionale, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge medesima, delibera un piano per la stabilizzazione del personale (c.d. precario) avente i requisiti previsti dalla citata legge.*

*In attuazione di questa disposizione, la giunta regionale ha adottato una delibera che prevede che le Aziende sanitarie e gli IRCSS pubblici non possano procedere ad indire e/o proseguire procedure concorsuali ovvero ad utilizzare le graduatorie dei concorsi già espletati per la copertura dei posti vacanti da destinare all'attuazione del suddetto processo.*

*Il remittente non contesta l'istituto della stabilizzazione, ma censura la preferenza accordata ai precari a scapito dello scorrimento delle graduatorie e, in particolare, contesta l'inutilizzabilità delle graduatorie concorsuali per le figure professionali interessate alla procedura di stabilizzazione.*

*La Corte ha dichiarato non fondata la questione sottoposta al suo vaglio, in quanto la tesi del remittente, a suo giudizio, si basa su un erroneo presupposto interpretativo. Infatti, l'art. 30, l. reg. Puglia n. 10/2007 non dispone alcunché in ordine all'utilizzabilità delle graduatorie concorsuali per la copertura dei posti vacanti, limitandosi a rimettere ad una delibera di Giunta regionale l'adozione di modalità e criteri per la procedura di stabilizzazione del personale c.d. precario. Nessuna disposizione in ordine al divieto di utilizzabilità delle graduatorie, d'altronde, è contenuta nella disciplina della stabilizzazione prevista dalla legge n. 296/2006.*

*Il divieto di utilizzabilità delle graduatorie, unitamente a quello di indire nuovi concorsi e di proseguire quelli in atto, risulta espressamente affermato dal regolamento approvato con la citata delibera di giunta regionale, che ha dato attuazione all'art. 30 l. reg. Puglia n. 10/2007.*

*Sarà, dunque, compito del remittente valutare direttamente detta disposizione regolamentare di attuazione, la quale introduce una priorità*

*della procedura di stabilizzazione rispetto alle altre procedure di assunzione di personale previste dalle vigenti disposizioni statali e regionali (Red. Filippo Barbagallo).*

Corte costituzionale, 17.11.2010, n. 326

**Enti locali - difensore civico - consorzi di funzioni - comunità montane - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso delle regioni Calabria, Toscana, Liguria e Campania - art. 2, co. 186, lett. a) e e), e 187, l. 23.12.2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2010) - artt. 3, 114, 117, 119, 118 cost., principio di leale collaborazione, violazione del giudicato costituzionale - accoglimento parziale.**

*Le regioni Calabria, Liguria e Campania hanno impugnato il co. 187 dell'art. 2 della legge finanziaria 2010, con cui si dispone che lo Stato cessi di trasferire finanziamenti alle comunità montane, attribuendone il 30 per cento ai comuni montani definiti in base ad un criterio altimetrico. Le ricorrenti, facendo riferimento anche a precedenti decisioni della Corte, lamentano una lesione della potestà legislativa regionale in materia di comunità montane (art. 117, co. 4, cost.) e un contrasto con il principio di proporzionalità tra risorse e funzioni (art. 119 cost.), non essendo indicate le fonti di finanziamento da adottare in sostituzione. Inoltre, lamentano la violazione del principio di leale collaborazione, dato che la normativa in questione è stata adottata senza nessun raccordo con gli enti locali.*

*La regione Toscana, poi, ha impugnato il co. 186, lett. a), dell'art. 2, che dispone la soppressione della figura del difensore civico, e le regioni Toscana e Campania la lett. e) dello stesso comma, con cui vengono aboliti i consorzi di funzioni tra enti locali.*

*Nell'esame delle questioni, la Corte prende atto che sono intervenute modifiche alla legge in questione, peraltro non oggetto di impugnazione. In particolare, per quanto concerne il co. 187, si dispone che il 30 per cento delle risorse è devoluto non più ai comuni montani, ma ai comuni parti delle comunità montane, previa intesa da raggiungersi in Conferenza unificata. Per quanto riguarda invece il co. 186, lett. a), la soppressione riguarda solo il difensore civico*

co comunale, le cui funzioni sono ora attribuite a quello della provincia. In merito al co. 186, lett. e), vengono dettate nuove norme sull'esercizio in forma associata delle funzioni dei comuni, obbligatorie per gli enti sotto una data dimensione da svolgersi con convenzioni o unione. Per quanto riguarda le questioni relative al co. 186, quindi, la Corte ritiene che le impugnazioni siano da ritenersi superate dalle modifiche normative e le dichiara inammissibili.

Per quanto concerne invece il co. 187, la Corte, premettendo che la materia deve essere individuata nell'armonizzazione dei bilanci pubblici e nel coordinamento della finanza pubblica, dichiara l'illegittimità della norma. In particolare, ad avviso della Corte, la soppressione del finanziamento statale alle comunità montane con il fondo ordinario per gli investimenti, contrasta con l'art. 119 e, nello specifico, con il principio di proporzionalità tra risorse e funzioni. La disposizione, infatti, non dà indicazioni sulla copertura finanziaria nel settore degli investimenti strutturali effettuati mediante mutui contratti dagli enti locali e in origine "garantiti" dal finanziamento statale. Inoltre, la Corte rileva che il taglio opera anche su altri finanziamenti istituiti con "altre disposizioni di legge", in modo impreciso, che non permette la certezza delle entrate né una realistica valutazione dell'effetto della normativa. In argomento, v. precedenti conformi: C. cost. 24.07.2009, n. 237 (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 17.11.2010, n. 325  
**Servizi pubblici locali - servizio idrico - affidamento diretto - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso di varie regioni e dello Stato - art. 23 bis d.l. 25.6.2008, n. 112, (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) convertito in l. 6.8.2008, n. 133; art. 4, co. 1, 4, 5, 6 e 14<sup>o</sup> l. reg. Liguria 28.10.2008, n. 39; (Istituzione delle Autorità d'Ambito per l'esercizio delle funzioni degli enti locali in materia di risorse idriche e gestione rifiuti ai sensi del d. lgs. 3.4.2006, n. 152. Norme in materia ambientale); art. 1, co. 1, l. reg. Campania 21.1.2010, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della re-**

**gione Campania - legge finanziaria anno 2010) - art. 117 cost. - accoglimento parziale.**

La sentenza riunisce una serie di ricorsi presentati dalle regioni Emilia-Romagna, Liguria, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria e Marche contro le suindicate norme statali in materia di affidamento dei servizi pubblici non economici e, in particolare, del servizio idrico, e di due ricorsi promossi dal Presidente del Consiglio dei ministri verso le suddette leggi regionali della Campania e della regione Liguria sulla stessa materia. La Corte ha, in primo luogo, rigettato i ricorsi promossi dalle regioni avverso le norme statali. In proposito la Corte ha in primo luogo chiarito che la materia de quo è attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato rientrando nella materia della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente. In secondo luogo, secondo la Corte, il legislatore statale ha esercitato la propria competenza legislativa nel pieno rispetto della normativa comunitaria. È infatti legittima la previsione del divieto dell'affidamento diretto dei SPL (consentito solo in presenza di determinate condizioni), in quanto espressione del potere discrezionale attribuito in materia dal legislatore comunitario, che consente - come nel caso di specie - l'adozione di una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quella richiesta dall'ordinamento comunitario.

Infine, la Corte ha chiarito che non vi è alcuna violazione della Carta europea dell'autonomia locale, in quanto il servizio idrico non costituisce funzione fondamentale dei comuni e, comunque, le disposizioni della Carta non hanno valore precettivo ma rivestono carattere definitorio e programmatico.

Quanto ai ricorsi presentati dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso le suindicate leggi reg. Campania e Liguria, la Corte, chiarendo che la disciplina del servizio idrico rientra nella competenza legislativa esclusiva statale in materia di concorrenza e tutela dell'ambiente, ha dichiarato l'incostituzionalità della l. reg. Liguria impugnata, nella parte in cui attribuisce alla giunta regionale e alle Autorità di ambito territoriale alcune competenze in relazione al servizio idrico integrato, in quanto in contrasto con il d. lgs. n. 152/2006 (c.d. T.U. ambiente) che attribuisce tali funzioni al Comitato per la vigilanza sull'uso delle ri-

sorse idriche. Per le stesse ragioni la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della l. reg. Campania che prevede, in contrasto con la disciplina statale, la competenza regionale a disciplinare il servizio idrico integrato come servizio privo di rilevanza economica e a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio, sia il termine di decadenza degli affidamenti (Red. Rosa Valentini).

Corte costituzionale, 03.11.2010, n. 324

**Amministrazione pubblica - giudizio di legittimità costituzionale su ricorso delle regioni Piemonte, Toscana e Marche - artt. 40, co. 1, lett. f) e 49, co. 1, d.lgs. 27.11.2009, n. 150 (Attuazione della legge 4.3.2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni) - artt. 117, co. 3 e 4, 119, cost. - rigetto.**

Con la sentenza in esame, la Corte ha rigettato il ricorso proposto dalle regioni Piemonte, Toscana e Marche in relazione all'art. 40, co. 1, lett. f), e 49, co. 1, del d. lgs. n. 150 del 2009, per la asserita violazione degli artt. 117, co. 3 e 4, e 119 cost. La norma impugnata dispone l'applicabilità a tutte le amministrazioni pubbliche della disciplina dettata dall'art. 19, co. 6 e 6-bis, del d. lgs. n. 165 del 2001 in tema di incarichi dirigenziali conferiti a soggetti esterni all'amministrazione.

In particolare, l'art. 19, co. 6, d. lgs. n. 165 del 2001 contiene una pluralità di precetti relativi alla qualificazione professionale e alle precedenti esperienze lavorative del soggetto esterno, alla durata massima dell'incarico, all'indennità che - a integrazione del trattamento economico - può essere attribuita al privato, alle conseguenze del conferimento dell'incarico su un eventuale preesistente rapporto di impiego pubblico e, infine, alla percentuale massima di incarichi conferibili a soggetti esterni (il successivo co. 6 bis contiene semplicemente una prescrizione in tema di modalità di calcolo di quella percentuale).

La Corte ha chiarito che la norma impugnata è riconducibile alla materia dell'ordinamento civile di cui all'art. 117, co. 2, lett. l), cost., poiché il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, disciplinato dalla normativa

citata, si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato. Conseguentemente, la disciplina della fase costitutiva di tale contratto, così come quella del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico, appartengono alla materia dell'ordinamento civile attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Non sussiste, dunque, alcuna violazione degli artt. 117, co. 3 e 4, e 119 cost., appunto perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 3.11.2010, n. 315

**Caccia in aree contigue area naturale protetta - giudizio di legittimità costituzionale - art. 25, co. 18, l. reg. Liguria 1.7.1994, n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio) - art. 117, co. 2, lett. s) cost. - accoglimento.**

Con la sentenza in oggetto, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, co. 18, l. reg. Liguria 1.7.1994, n. 29, nella parte in cui consente la caccia nelle cosiddette aree contigue dei parchi, anche a soggetti non residenti nelle aree medesime, nella forma di caccia controllata riservata ai cacciatori aventi diritto all'accesso negli Ambiti territoriali di caccia e dei Comprensori alpini si cui insiste l'area contigua naturale protetta.

Ad avviso della Corte, l'art. 32, co. 3, l. 6.12.1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), invocata dal rimettente quale norma interposta, attribuisce alle regioni la disciplina dell'esercizio della caccia all'interno delle aree contigue soltanto nella forma della caccia controllata riservata ai soli residenti. Emerge un conflitto tra la norma statale e la norma regionale censurata, la quale estende, a vario titolo e sulla base di diversi presupposti, l'esercizio venatorio anche a soggetti non residenti. Le norme contenute nella l. n. 394 del 1991 costituivano, nella vigenza del testo originario del titolo V, parte seconda, cost., principi fondamentali per l'esercizio della competenza legislativa concorrente delle regioni in materia di

caccia. Già sotto l'impero del ridetto testo dell'art. 117 cost., sempre con riferimento alla potestà legislativa esclusiva delle regioni a statuto speciale, la Consulta aveva precisato che il vincolo derivante dalla norma statale non dipende da una determinata qualificazione della norma, ma dalla stessa previsione costituzionale della tutela della natura con lo strumento delle aree naturali protette (sentenza n. 366 del 1992). A seguito della riforma del 2001, la trasformazione della competenza legislativa regionale da concorrente a residuale e l'affermazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, co. 2, lett. s) cost. non hanno fatto venir meno la forza vincolante delle suddette norme statali, le quali assumono la veste di standard minimi uniformi. Nel caso di specie, dunque, la norma regionale prevedendo una diminuzione dei livelli minimi di tutela, si pone in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. s), cost.. In argomento, v. precedenti conformi: C. cost. n. 193 del 2010; n. 61 del 2009; n. 272 del 2009; n. 387 del 2008 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 11.11.2010, n. 314

**Porti ed aeroporti civili - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, 9 e 10, l. reg. Toscana 9.11.2010, n. 66 («Modifiche alla l. reg. 1.12.1998, n. 88 "Attribuzione agli enti locali e disciplina generale delle funzioni amministrative e dei compiti in materia di urbanistica e pianificazione territoriale, protezione della natura e dell'ambiente, tutela dell'ambiente dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti, risorse idriche e difesa del suolo, energia e risorse geotermiche, opere pubbliche, viabilità e trasporti conferite alla regione dal decreto legislativo 31.3.1998, n. 112", alla legge regionale 11.12.1998, n. 91 "Norme per la difesa del suolo" e alla legge regionale 3 gennaio 2005, n. 1 "Norme per il governo del territorio", in materia di porti di interesse regionale, navigazione interna, controlli sulla sicurezza sismica delle opere e delle infrastrutture di competenza statale) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 9 e 10 l. reg. Toscana n. 66/2010, per violazione dell'artt. 117, co. 3, cost. In par-

ticolare, ad avviso del ricorrente la norma impugnata, attribuendo la valutazione dell'idoneità tecnica dei progetti relativi alle opere realizzate nei porti regionali esclusivamente agli uffici regionali, si porrebbe in contrasto con il complesso di disposizioni statali che affermano l'obbligatorietà del parere - peraltro non vincolante - del Consiglio superiore dei lavori pubblici in materia di «piani regolatori portuali».

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, nella parte in cui le stesse escludono la richiesta obbligatoria del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici riguardo ai progetti definitivi di opere portuali di competenza regionale finanziati per almeno il cinquanta per cento dallo Stato e di importo superiore a venticinque milioni di euro.

La Corte ha proceduto effettuando l'esame della l.n. 84/1994, del successivo d. lgs. n. 112/1998, del d. lgs. n. 163/2006 e del d.P.R. n. 204/2006. Ad avviso della Corte, dalle suddette norme emerge che sono attribuite allo Stato solo le funzioni concernenti porti internazionali e nazionali, mentre sono attribuite alla regione tutte le funzioni concernenti i porti regionali, con esclusione della subordinazione dell'esercizio di tali attività al parere del Consiglio superiore.

Dalla successione temporale delle disposizioni richiamate emerge chiaramente che, sulla base degli artt. 4 e 5 della l. n. 84 del 1994, il piano regolatore portuale, adottato nei modi di legge, era inviato per il parere obbligatorio al Consiglio superiore dei lavori pubblici, che si esprimeva entro 45 giorni dal ricevimento dell'atto, intendendosi tale parere reso in senso favorevole dopo l'inutile decorso del predetto termine. A seguito del mutamento del quadro normativo per effetto delle disposizioni di cui agli artt. 104 e 105 del d. lgs. n. 112 del 1998 e 127 del d. lgs. n. 163 del 2006, la richiesta obbligatoria del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici è esclusa solo con riguardo ai progetti definitivi di opere portuali di competenza regionale che non siano finanziati per almeno il cinquanta per cento dallo Stato, o che siano di importo non superiore a venticinque milioni di euro.

*Invece, il mantenimento del parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici per le altre ipotesi costituisce principio fondamentale della materia «porti e aeroporti civili», e pertanto le norme impugnate - le quali invece escludono in ogni caso la richiesta di questo parere - sono costituzionalmente illegittime per contrasto con tale principio fondamentale e, quindi, con l'art. 117, co. 3, cost. (Red. Filippo Barbagallo).*

Corte costituzionale, 11.11.2010, n. 313

**Energia - artt. 10, co. 2, e 11, co. 4, l. reg. Toscana 23.11.2009 n. 71 (Modifiche alla legge regionale 24 febbraio 2005, n. 39 - disposizioni in materia di energia) - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

*L'art. 10, co. 2, della disposizione impugnata innalza i limiti entro i quali l'installazione di impianti di produzione di energia alimentata da fonti rinnovabili può essere autorizzata con una procedura semplificata rispetto a quanto previsto dalla normativa statale.*

*La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma, chiarendo che l'art. 117, co. 3, cost. attribuisce al legislatore statale la competenza legislativa a dettare i principi fondamentali in materia. A ciò ha provveduto il d. lgs. 29.12.2003, n. 387, il quale, nella tabella allegata, individua i limiti entro i quali la costruzione dell'impianto risulta subordinata a procedure semplificate. La norma impugnata, nell'innalzare i suddetti limiti, si pone in contrasto con la suindicata legge statale e dunque con l'art. 117, co. 3, cost. Nello specifico, infatti, l'art. 12, co. 5, d. lgs. 29.12.2003, n. 387 prevede che i limiti possano essere modificati solo con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza unificata, senza che la regione possa provvedervi.*

*La Corte costituzionale ha inoltre dichiarato l'incostituzionalità, sempre per violazione dell'art. 117, co. 3, cost., dell'art. 11, co. 4, della legge impugnata, nella parte in cui esonera dal titolo abilitativo (identificato dal ricorrente nella DIA) l'installazione di alcuni tipi di impianti, quando la regione e gli enti locali siano soggetti responsabili degli interventi e questi siano*

*realizzati tenendo conto delle condizioni fissate dal piano di indirizzo energetico regionale (PIER). La Corte ha infatti chiarito che la norma suddetta contrasta con il d.lgs. 29.12.2003, n. 387 che prevede invece la necessità della DIA. In argomento, v. in senso conforme: C. cost. 11.10.2005, n. 383, 10.3.2008, n. 62, 16.7.2009, n. 249, 22.3.2010, n. 119, 24.3.2010, n. 124, 26.5.2010, n. 194 (Red. Davide Siclari).*

Corte costituzionale, 5.11.2010, n. 309

**Istruzione - formazione professionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio - art. 13, l. reg. Toscana 5.11.2010, n. 63 (“Integrazioni alla l. reg. 31.09.2007, n. 32, recante modifiche alla legge regionale 26.09.2002, n. 32 in materia di obbligo di istruzione e di servizi per l'infanzia”) - art. 117, co. 2, lett. n), 118 cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso, in riferimento agli artt. 117, co. 2, lett. n) e 3, 118 cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. reg. Toscana 5.11.2009, n. 63. La disposizione censurata ha introdotto un nuovo percorso scolastico differente sia da quelli ordinari, sia da quelli sperimentali previsti dalla normativa statale.*

*La Corte ha accolto il ricorso e dichiarato l'incostituzionalità della norma, chiarendo che la stessa, come dedotto dal ricorrente, nel prevedere un percorso scolastico differente rispetto a quello previsto dalla normativa statale, si è posta, da un lato, in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. n), cost. che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato le norme generali sull'istruzione, e, dall'altro, ha violato il principio di leale collaborazione, avendo introdotto il nuovo percorso formativo senza alcun accordo della conferenza Stato-regioni (Red. Francesco Corvisieri).*

Corte costituzionale, 18.10.2010, n. 300

**Professioni, autista soccorritore - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso dello Stato - l. reg. Basilicata 13.11.2009, n. 37 (Norme in materia di riconoscimento della figura professionale di autista soccorritore) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento.**

*Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto, in riferimento all'art. 117, co. 3, cost., questione di legittimità costituzionale dell'intera l. Reg. Basilicata 13.11.2009, n. 37. La norma censurata istituisce la figura professionale dell'autista soccorritore (che non è prevista dalla legislazione statale in materia di professioni sanitarie) e ne disciplina il percorso di formazione, rimettendo ad un regolamento della giunta regionale la regolamentazione e l'organizzazione dei corsi di formazione professionale per ottenere il titolo abilitativo. Ad avviso del ricorrente le norme regionali censurate violano l'art. 117, co. 3, cost., perché si pongono in contrasto con la legislazione statale in materia, e, da un lato, attribuendo all'autista soccorritore funzioni riservate ai professionisti sanitari, dall'altro, individuando, di fatto, una nuova professione sanitaria non prevista dalla legislazione statale.*

*La Corte dichiara l'illegittimità della suddetta norma, chiarendo che, ai sensi dell'art. 117, co. 3 cost., appartiene alla competenza legislativa concorrente dello Stato l'individuazione delle figure professionali e la disciplina dei relativi profili e titoli abilitanti. Nel caso specifico, la legge regionale impugnata contrasta con l'art. 1 della l. 1.2.2006, n. 43, nella parte in cui prevede che «sono professioni sanitarie infermieristiche, ostetriche, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione, quelle previste ai sensi della legge 10 agosto 2001, n. 251 [...] i cui operatori svolgono, in forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione». (Red. Giustino Lo Conte).*

Corte costituzionale, 22.10.2010, n. 299

**Immigrazione - limiti competenza legislativa regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 1, co. 1, 2, lett. h), e 3; 2; 3; 4, co. 4; 5, co. 1, lett. a) e b); 6, co. 1, lett. b) e c), 10, co. 5 e 6; 13; 14 e 15, co. 3, l. reg. Puglia 4.12.2009, n. 32 (Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia) - art. 117, co. 2, lett. a), b), h) e l), cost. - artt. 4, 5, 10, 10 bis, 11, 13, 14, 19 e 35 d. lgs. 25.7.1998, n. 286 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme**

**sulla condizione dello straniero) - accoglimento parziale.**

*La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, limitatamente all'art. 1, co. 2, lett. h), e 3, lett. h), l. reg. Puglia 4.12.2009, n. 32, concernente, da un lato, l'attuazione della Convenzione internazionale per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e delle loro famiglie, non ancora ratificata dall'Italia, e, dall'altro lato, la tutela legale e l'effettività del diritto di difesa agli immigrati presenti, a qualunque titolo, sul territorio regionale.*

*Secondo la Corte dette questioni dovrebbero essere inquadrare nell'ambito delle materie di politica estera e rapporti internazionali e di giurisdizione e norme processuali, entrambe di competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117, co. 2, lett. a) e l), cost. Sottolinea la Corte che, come da propria giurisprudenza, le regioni non possono dare esecuzione ad accordi internazionali indipendentemente dalla legge di ratifica, ex art. 80 cost., soprattutto quando, come nel caso di specie, riguardano molteplici profili eccedenti le competenze attribuite alle regioni (sent. 6.12.2004, n. 379). Dall'altro, la Corte ribadisce che i diritti fondamentali della Costituzione vanno riconosciuti anche agli immigrati dimoranti privi di un valido titolo di ingresso (ex multis, sent. 16.05.2008, n. 148). Ed ancora, sottolinea che deve essere riconosciuta la possibilità di interventi legislativi regionali con riguardo al fenomeno dell'immigrazione, purché nell'ambito della competenza concorrente e residuale delle regioni, come ad esempio in materia di diritto allo studio o all'assistenza sociale (sent. 15.4.2010 n. 134).*

*Pertanto, la Corte ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 2, co. 1, e 10, co. 5 e 6, della predetta l. reg. Puglia 4.12.2009, n. 32, relativi rispettivamente agli immigrati quali destinatari della legge regionale e alla disciplina dell'assistenza sanitaria per gli stranieri temporaneamente presenti (STP) non in regola con le norme di ingresso e soggiorno. Infine, secondo i giudici costituzionali, non sono fondate le ulteriori censure della legge regionale impugnata, che disciplina l'immigrazione e la condizione dello straniero sul territorio della regione Puglia, non ponendosi, pertanto, in contrasto*

con la normativa statale di settore (Red. Angela Turchiano).

Corte costituzionale, 8.10.2010, n. 289

**Sanità pubblica - coordinamento della finanza pubblica - piano sanitario - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 1, co. 2, della l. reg. Abruzzo 5.4.2007, n. 6 e punto 5 dell'allegato "piano di riordino posti letto ospedalieri" (Linee guida per la redazione del piano sanitario 2007/2009 - un sistema di garanzie per la salute - piano di riordino della rete ospedaliera) - artt. 41, 42, 117 cost. - rigetto.**

*La sentenza dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Abruzzo in relazione alla riduzione dei posti letto accreditati dal servizio sanitario regionale presso le case di cura private. In particolare, la Corte ha dichiarato infondata la censura relativa all'asserita violazione della competenza legislativa ex art. 117 cost. Questo perché, ad avviso della Corte, le disposizioni de quibus sono riconducibili alle materie della tutela della salute e al coordinamento della finanza pubblica di competenza concorrente Stato-regioni. La Corte ha rigettato il ricorso anche in relazione alla asserita violazione degli artt. 41 e 42 cost., chiarendo sul punto che le disposizioni in questione non pongono limiti all'iniziativa economica privata, in quanto non pongono limiti quantitativi alla facoltà degli imprenditori privati di realizzare strutture sanitarie, ma, in applicazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione, determinano quale sia il numero dei posti letto che, in base al regime dell'accreditamento, sono a carico del servizio sanitario pubblico.*

*La Corte ha infine rilevato che non vi è nessuna irragionevolezza né alcun contrasto col principio di buon andamento della pubblica amministrazione, essendo la disciplina censurata pre-*

*ordinata al contenimento della spesa pubblica nel settore sanitario (Red. Rosa Valicenti).*

Corte costituzionale, 4.10.2010, n. 288

**Commercio - orario apertura - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 5 bis, co. 5 e 9, l. reg. Lombardia 3.4.2000, n. 22 (Disciplina delle vendite straordinarie e disposizioni in materia di orari degli esercizi commerciali) - art. 117 cost. - rigetto.**

*La Corte ha rigettato il ricorso promosso dal tribunale amministrativo regionale avverso la l. reg. Lombardia 3.4.2000, n. 22, riguardante la disciplina della chiusura domenicale e festiva degli esercizi commerciali. Ad avviso del ricorrente, la suddetta norma sarebbe in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e), cost. avendo ad oggetto la materia della concorrenza attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte rigetta il ricorso, chiarendo che la norma impugnata non viola l'art. 117, co. 2, lett. e), cost., in quanto non si pone in contrasto con la normativa statale di settore, ed in particolare con il d. lgs. 31.4.1998, n. 114, come invece lamentato dal ricorrente. Ad avviso della Corte, infatti, la norma regionale introduce una disciplina di sostanziale liberalizzazione in conformità con la legge statale.*

*Inoltre, secondo i giudici costituzionali, la regione Lombardia con le norme impugnate ha esercitato la propria competenza in materia di commercio dettando una normativa che, non ponendosi in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza, produce effetti pro-concorrenziali, sia pure in via marginale e indiretta, in quanto evita che vi possano essere distorsioni determinate da orari di apertura significativamente diversificati, in ambito regionale, nei confronti di esercizi commerciali omogenei (Red. Diego De Magistris).*

«.....GA.....»

# URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **IN G.U. N. 281 DEL 1.12.2010, IL DECRETO DEL MINISTERO DELL'AMBIENTE 27.9.2010 CHE STABILISCE I CRITERI, I METODI DI CAMPIONAMENTO E ANALISI E LE PROCEDURE DI AMMISSIBILITÀ DEI RIFIUTI NELLE DISCARICHE**

*1. Il presente decreto stabilisce i criteri e le procedure di ammissibilità dei rifiuti nelle discariche, in conformità a quanto stabilito dal d. lgs. 13.1.2003, n. 36. 2. I rifiuti sono ammessi in discarica, esclusivamente, se risultano conformi ai criteri di ammissibilità della corrispondente categoria di discarica secondo quanto stabilito dal presente decreto. 3. Per accertare l'ammissibilità dei rifiuti nelle discariche sono impiegati i metodi di campionamento e analisi di cui all'all. 3 del presente decreto. 4. Tenuto conto che le discariche per rifiuti pericolosi hanno un livello di tutela ambientale superiore a quelle per rifiuti non pericolosi, e che queste ultime hanno un livello di tutela ambientale superiore a quelle per rifiuti inerti, è ammesso il conferimento di rifiuti che soddisfano i criteri per l'ammissione ad ogni categoria di discarica in discariche aventi un livello di tutela superiore. 5. Lo smaltimento in discarica di rifiuti contenenti o contaminati da inquinanti organici persistenti deve essere effettuato conformemente a quanto previsto dal regolamento (CE) n. 850/2004 e successive modificazioni.*

«..... GA .....»

### **ILLEGITTIMA LA LOCALIZZAZIONE DI CENTRALE ELETTRICA IN ZONA DESTINATA AD ATTREZZATURE PUBBLICHE CHE NON ARRECHINO PREGIUDIZIO ALL'AMBIENTE**

*Nel caso di specie è agevole rilevare, dalla lettura dei documenti versati in atti dalla (omissis) in parola, che le finalità statutariamente da essa perseguite, di tutela della salute e dell'integrità degli esseri viventi nonché dell'ambiente, rispetto al pregiudizio derivante da esposizione a campi elettromagnetici generati artificialmente, costituiscono, invero, idoneo presupposto legittimante per l'attivazione, da parte dell'organismo in questione, degli strumenti di tutela dei fini statuari in sede giurisdizionale; ma solo con riguardo a questioni concernenti propriamente vicende collegate in modo stretto con tali finalità (CdS, IV, 18.3.2008, n. 1159).*

*Questioni che, nella specie, sussistono, tenuto conto che i motivi del contendere sulla localizzazione dell'impianto elettrico realizzato dall'(omissis) non sono unicamente di carattere urbanistico, essendo emerso, nel corso della complessiva istruttoria, che uno dei motivi di lamentata inidoneità del sito su cui è stato realizzato l'impianto elettrico era connesso - come si vedrà sub par. 13 - con l'indagine da parte dell'(omissis), la quale aveva evidenziato espressamente che "a prescindere dai risultati delle misure e dei calcoli, perplessità induce la scelta del percorso dell'elettrodotto all'interno di un territorio a forte vocazione turistica, quale quella della tenuta di S. Martino, considerata anche l'attenzione sempre crescente da parte della popolazione alle possibili fonti di rischio con conseguente disincentivazione alla permanenza dei luoghi vicino ad impianti che possono inquinare l'ambiente (CdS, IV, 11.11.2010 n. 8023).*

«..... GA .....»

**LE DISPOSIZIONI NORMATIVE DEL SETTORE DELL'ENERGIA NUCLEARE E DEI RIFIUTI RADIOATTIVI RIENTRANO NELLA COMPETENZA ESCLUSIVA STATALE, MENTRE PER GLI IMPIANTI DI PRODUZIONE LA COMPETENZA È CONCORRENTE**

*Questa Corte, con la sentenza n. 278 del 2010, ha già chiarito a quali titoli di competenza vadano ascritte disposizioni normative concernenti il settore dell'energia nucleare e dei rifiuti radioattivi. Quanto a questi ultimi, in particolare, si è ribadito, in conformità alla precedente giurisprudenza (sentenze n. 247 del 2006 e n. 62 del 2005), che si verte nella materia, di competenza esclusiva statale, "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" (art. 117, co. 2, lett. s, cost.), mentre, con riguardo agli impianti di produzione, un giudizio di prevalenza ha condotto ad indicare come prioritaria la materia, a riparto concorrente, della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", di cui all'art. 117, co. 3 cost. (sentenza n. 278 del 2010, punto 12 del Considerato in diritto). La disciplina di localizzazione degli impianti produttivi e di stoccaggio, nonché dei depositi di rifiuti radioattivi, si distribuisce pertanto tra Stato e regioni secondo tali coordinate, ferma restando la necessità di forme di collaborazione all'esercizio delle relative funzioni amministrative che la costituzione assicura al sistema regionale, e che vanno rinvenute, per il grado più elevato, nell'intesa tra Stato e regione interessata. La disciplina normativa di queste forme collaborative e dell'intesa stessa, spetta, di conseguenza, al legislatore che sia titolare della competenza legislativa in materia: si tratta, vale a dire, del legislatore statale, sia laddove questi sia chiamato a dettare una disciplina esaustiva con riferimento alla tutela dell'ambiente, sia laddove la legge nazionale si debba limitare ai principi fondamentali, con riferimento all'energia (Corte Costituzionale n. 331/2010).*

«..... GA.....»

**COSTITUISCE NUOVA COSTRUZIONE IL MURO DI CONTENIMENTO, CON CONSEGUENTE OBBLIGO DI RISPET-**

**TO DELLE DISTANZE MINIME EX ART. 9 D.M. 1444/1968**

*1. Il terrapieno ed il muro di contenimento, che producono un dislivello o aumentano quello già esistente per la natura dei luoghi, costituiscono "nuove costruzioni", idonee a incidere sulla osservanza delle norme in tema di distanze dal confine (in applicazione del principio nella specie è stata considerata come una "nuova costruzione", rilevante ai fini del rispetto delle distanze, un muro di cemento, avente la funzione di contenimento del terrapieno, della lunghezza di circa trenta metri e della altezza di un metro e mezzo circa, rispetto al piano di campagna).*

*2. L'art. 9 del d.m. 2.4.1968 n. 1444, il quale detta disposizioni in tema di distanze tra le costruzioni, prescrivendo la distanza di dieci metri tra le pareti finestrate di edifici antistanti, stante la natura di norma primaria, sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute nelle norme tecniche di attuazione (CdS, 7731/2010).*

«..... GA.....»

**SU MANUFATTO ABUSIVO NON SANATO NON POSSONO SVOLGERSI OPERE DI RISTRUTTURAZIONE O MANUTENZIONE STRAORDINARIA**

*Costituisce un principio pacifico in giurisprudenza che non possano svolgersi opere di ristrutturazione o di manutenzione straordinaria su un manufatto abusivo e mai oggetto di sanatoria edilizia e che tale ulteriore attività costruttiva non possa spiegare alcun effetto preclusivo sulla potestà di reprimere l'opera abusiva nella sua interezza (CdS, V 29.10.1991 n. 1279). Ne consegue che non può invocare il regime sanzionatorio più favorevole previsto per il recupero del patrimonio edilizio esistente legittimamente realizzato, colui che ha svolto opere edilizie su immobili abusivi, le quali assumono la stessa qualificazione giuridica dell'immobile abusivamente realizzato. In caso contrario, infatti, l'abuso minore successivo in sostanza giustificherebbe l'applicazione di una sanzione minore, addirittura non demolitoria, estinguendo la potestà sanzionatoria nei confronti*

dell'abuso maggiore precedente (TAR Lombardia, Mi, 7206/2010).

«..... GA.....»

## **PROCEDIMENTI PER L'AUTORIZZAZIONE ALLA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI FOTOVOLTAICI A TERRA MAGGIORI DI 20 KW: NOTA DEL MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO**

La presente nota esplicativa viene formulata al fine di chiarire quale sia, a seguito dell'entrata in vigore del decreto del Ministro dello sviluppo economico 6.8.2010 (incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare), la normativa applicabile ai procedimenti autorizzatori per la realizzazione di impianti fotovoltaici a terra di potenza superiore a 20 kW. La nota stessa viene formulata a seguito delle numerose richieste di chiarimenti in materia, presentate sia da parte di enti locali che di operatori del settore e loro associazioni di categoria, nonché a seguito dell'interrogazione parlamentare n. 4-08986, presentata dall'On.le Vignali in data 12.10.2010, nella quale si è prospettato un conflitto normativo tra l'art 21, co. 2 del sopracitato d.m. e il par. 18.5 delle "Linee Guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili", approvate con decreto del Ministro dello sviluppo economico 10.9.2010. Al riguardo, occorre preliminarmente ricordare e che l'art. 21, co. 2, del d.m. 6.8.2010 dispone l'abrogazione del co. 7 dell'art. 5 del d.m. 19.2.2007. A sua volta, la disposizione così abrogata prevedeva testualmente che «Ai sensi dell'art. 12, co. 5 del d. lgs. 29.12.2003, n. 387, per la costruzione e l'esercizio di impianti fotovoltaici per i quali non è necessaria alcuna autorizzazione, come risultante dalla legislazione nazionale o regionale vigente in relazione alle caratteristiche e alla ubicazione dell'impianto non si dà luogo al procedimento unico di cui all'art. 12, co. 4 del medesimo d. lgs. 29.12.2003 n. 387, ed è sufficiente per gli stessi impianti la dichiarazione di inizio attività. Qualora sia necessaria l'acquisizione di un solo provvedimento autorizzativo comun-

que denominato, l'acquisizione del predetto provvedimento sostituisce il procedimento unico di cui all'art. 12 del d. lgs. 29.12.2003, n. 387, Le predette previsioni si applicano anche agli impianti che hanno acquisito il diritto alle tariffe incentivanti ai sensi dei decreti interministeriali 28.7.2005 e 6.2.2006». Da ultimo, il par 18.5 delle Linee guida ha stabilito che «i procedimenti in corso al novantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore delle presenti linee guida sono conclusi ai sensi della previgente normativa qualora riferiti a progetti completi della soluzione di connessione (...) e per i quali siano intervenuti i pareri ambientali prescritti». Ancora in via preliminare, giova ricordare che il d.m. 6.8.2010 è entrato in vigore il 25.8 successivo, mentre il d.m. 10.9.2010, unitamente alle Linee guida, è entrato in vigore il 3.10.2010.

Ora, per individuare la normativa applicabile ai procedimenti per la realizzazione di impianti fotovoltaici, occorre innanzitutto delimitare la portata degli effetti abrogativi disposti dall'art 21, co. 2, del d.m. 6.8.2010. Al riguardo, deve ricordarsi che nell'ambito del nostro ordinamento giuridico vige, quale principio generale quello dell'irretroattività della legge, consacrato nell'art 11 delle Disposizioni sulla legge in generale (cd. "preleggi"), a mente del quale: "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo". In virtù del principio sopra richiamato, l'abrogazione disposta dall'art. 21, co. 2, del d.m. 6.8.2010, non può trovare applicazione che per il futuro, ovvero sia per i procedimenti avviati in data successiva a quella di entrata in vigore del decreto stesso (25.8. 2010). Risulta dunque evidente che gli effetti abrogativi derivanti dal sopra citato art. 21, co. 2 non possono in alcun modo retroagire, e quindi incidere sulle procedure in corso alla data del 25.8.2010. Ciò significa che a tali procedure continua ad applicarsi la normativa di cui all'art. 5 co. 7, del d.m. 19.2.2007. Per le procedure avviate successivamente al 25.8.2010, invece, troveranno applicazione le singole discipline regionali ovvero sia la disciplina adottata dalla regione dove è localizzato l'impianto. Resta inteso che le discipline regionali, ai sensi di quanto disposto dal par. 18.4 delle Linee guida, do-

*vranno adeguarsi alle Linee guida medesime entro il 31.12.2010. Laddove tale adeguamento non sia operato entro il predetto termine, troveranno direttamente applicazione le Linee guida nazionali.*

*Alla luce dei chiarimenti sopra forniti, va pertanto escluso che l'abrogazione disposta dall'art. 21, co. 2, del d.m. 6.8.2010 possa produrre effetti sui procedimenti in corso alla data del 25.8.2010. Con l'ulteriore conseguenza che per tali procedimenti rimangono*

*ferme le competenze degli enti locali innanzi ai quali sono stati avviati. D'altra parte, va osservato che un eventuale trasferimento, ad altro ente, della gestione di procedimenti autorizzativi già incardinati ed ampiamente istruiti, costituirebbe un irragionevole aggravio procedurale, contrario ad ogni regola di economia procedimentale.*

*IL CAPO DIPARTIMENTO (Nota del Ministero dello Sviluppo Economico del 28.10.2010).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# IL SIGNIFICATO DI “ADIACENZA” DEI FONDI AI FINI DELL'ASSERVIMENTO

del Prof. Avv. Enrico Michetti

L'istituto dell'asservimento, allo stato, anche in virtù delle varie pronunce giurisprudenziali<sup>1</sup> susseguitesi in materia, può essere definito in termini di volontaria rinuncia alle possibilità edificatorie di un lotto in favore del loro sfruttamento in un'altra particella funzionale ad accrescere la potenzialità edilizia di un'area per mezzo dell'utilizzo, ivi, 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.

Più precisamente il presupposto logico dell'istituto in esame dev'essere rinvenuto nella indifferenza, per il Comune, ai fini del corretto sviluppo della densità edilizia per come configurato negli atti pianificatori, della materiale collocazione dei fabbricati, atteso, infatti, che, per il rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, assume esclusiva rilevanza il fatto che il rapporto tra area edificabile e volumetria realizzabile nella zona di riferimento resti nei limiti fissati dal piano, risultando del tutto indifferente, irrilevante, neutra l'ubicazione degli edifici all'interno del comparto, fatti salvi, ovviamente, il rispetto delle distanze e di eventuali prescrizioni sulla superficie minima dei lotti.

I caratteri e gli effetti dell'asservimento sono stati ulteriormente precisati dalla giurisprudenza nel senso che i fondi non debbono necessariamente essere adiacenti, potendo anche essere significativamente vicini (CdS, V, 30.10.2003, n. 6734), che gli stessi devono avere la medesima destinazione urbanistica

<sup>1</sup> Da ultimo TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 10.9.2010, n. 32217

(CdS, V, 3.3.2003, n. 1172), che il vincolo in questione deve ritenersi invalido ed inefficace quando risulta apposto in violazione, o in elusione, della prescrizione urbanistica che impone, in una determinata zona, una superficie minima dei lotti, ai fini della loro edificazione (CdS, V, 10.3.2003, n. 1278).

Con la sottoscrizione dell'atto d'obbligo si evita poi che con vendite successive di parti inedificate del lotto originario possano crearsi ulteriori volumi e superfici utilizzabili, quando non sia possibile edificazione ulteriore. V'è inoltre da aggiungere che laddove intervengano successivi incrementi di volumetria o di superficie utile realizzabile derivanti dalla variazione della disciplina urbanistica di zona, il terreno asservito godrà dell'incremento concessogli.

Sul punto la giurisprudenza ha altresì rilevato che qualora la normativa urbanistica imponga limiti di volumetria, il vincolo sull'area discende *ope legis* senza necessità di strumenti negoziali privatistici quali atto d'obbligo, trascrizioni ecc., che devono invece sussistere in caso di suoli limitrofi per ottenere una volumetria maggiore, anche reciproca; *“infatti l'atto di asservimento di un lotto, che costituisce una qualità oggettiva dello stesso (una sorta di obbligazione “propter rem”) e realizza una specie particolare di relazione pertinenziale (CdS, Ad. Pl., 23.4.2009, n. 3), non comporta un divieto assoluto di edificazione, pur costituendo un vincolo che rimane cristallizzato nel tempo, ma non può costituire limite rispetto alle determinazioni del pianificatore, che resta libero di dettare una nuova disciplina sulla volume-*

tria e sulla capacità edificatoria”<sup>2</sup>.

In tal senso, quindi l’asservimento di un terreno per realizzare una costruzione non rende lo stesso definitivamente in edificabile anche per il futuro; la destinazione ed utilizzazione delle aree rappresenta, infatti, un dato dinamico ed evolutivo, potendo mutare nel tempo l’indice fondiario, nonché la stessa previsione dei lotti minimi, per cui la potenzialità edificatoria di un terreno va necessariamente valutata ed esaminata alla stregua della modificazione della pianificazione urbanistica e della normativa sopravvenuta.<sup>3</sup>

Sul requisito dell’adiacenza, che qui interessa, le innumerevoli pronunce del Supremo Organo della Giustizia Amministrativa ne delineano in maniera cristallina l’effettiva portata laddove chiariscono che *“la computabilità di più particelle deve intendersi nel senso non tanto della adiacenza, ossia della contiguità fisica tra tutte le particelle catastali interessate, bensì come effettiva e significativa vicinanza tra i fondi asserviti per raggiungere la cubatura desiderata”* (CdS, V, sent. n. 6734

<sup>2</sup> CdS, IV, 4.5.2006, n. 2488; idem, 29 luglio 2008, n. 3766; TAR Trentino Alto Adige Bolzano, 22.8.2007, n. 286; TAR Valle d’Aosta, Sez. I, 15.2.2008, n. 16; TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 14.5.2010, n. 1736)

<sup>3</sup> TAR Abruzzo, Pescara, 26.7.2006, n. 399, TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 10.9.2010, n. 32217

del 30.10.2003 ed in precedenza CdS, V, sent. n. 400 del 1.4.1998). In particolare *“L’asservimento di un’area ad un’altra ai fini dell’aumento della volumetria edificabile è consentita ove sussista identità di destinazione urbanistica e la contiguità delle aree o al più una limitata separazione da una strada vicinale o provinciale”* (CdS, V, 19.3.1991, n. 291).

Sicché continuando nell’analisi del significato e dell’interpretazione del termine *“adiacente”*, il Consiglio di Stato, Sez. IV, nella sentenza 26. 4.2006, n. 2308 ha specificato che *“l’aggettivo contenuto nella disposizione in parola, per la sua etimologia e per il suo significato letterale, non può che essere inteso come volto a sottolineare la esistenza di un terreno vicino, limitrofo, contiguo, restando esclusa la possibilità di applicazione estensiva del termine solo per i terreni che non si trovino nella immediata prossimità”*.

Ai fini pratici un parametro esemplificativo dell’*“adiacenza”* dei fondi si rinviene ad esempio nella sentenza sopra citata n. 6734/2003 con la quale il Consiglio di Stato ha escluso che possa essere ostativo alla possibilità di concreta applicazione dell’istituto dell’asservimento una distanza pari a trentacinque metri tra la porzione che si intende asservire e il fondo destinato alla costruzione.

«.....GA.....»

## PARCHI EOLICI – LE COMPETENZE REGIONALI

degli Avv.ti Luca Fiasconaro ed Antonio Cordasco

*La competenza relativa alla individuazione dei siti su cui installare parchi eolici è affidata alle regioni solo dopo l'approvazione delle linee guida nazionali (C. cost., sentenza 26.11.2010 n. 344)*

La materia della produzione di energia elettrica tramite impianti eolici è stata inizialmente disciplinata nel nostro ordinamento con il d. lgs. 29.12.2003, n. 387, con cui è stata data attuazione alla dir. 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

Detta normativa prescriveva il rilascio di una autorizzazione unica, da parte delle regioni o di altro soggetto da esse delegato, nel rispetto delle normative vigenti in materia di ambiente e di paesaggio, per la costruzione e l'esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Inoltre, tale decreto prevedeva che il ministero delle attività produttive, di concerto il ministero dell'ambiente e quello dei beni culturali, approvasse in conferenza unificata delle "Linee guida per l'approvazione dei progetti di impianti da fonti rinnovabili", volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti nel paesaggio, con specifico riguardo agli impianti eolici.

Nelle more della approvazione delle suddette linee guida, alcune regioni hanno provveduto a legiferare in materia, prevedendo specifici limiti alla localizzazione degli aerogeneratori sconosciuti alla legge statale, quali ad esempio l'obbligo per i comuni di dotarsi di un piano regolatore per l'installazione degli impianti eolici ovvero indici massimi di affollamento finalizzati a limitare il numero degli impianti autorizzabili in determinate aree (c.d. parametri di controllo).

La legittimità delle suddette norme regionali, in seguito alla proposizione di diverse questioni di legittimità innanzi i tribunali amministrativi, è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale.

Difatti, secondo i giudici rimettenti, le disposizioni impugnate avrebbero violato sia

l'art. 117 cost. co. 2 lett. s), in ordine alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della salute, sia il terzo comma, avente ad oggetto le potestà concorrenti relative alla produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia e al governo del territorio.

La Consulta, investita delle suddette problematiche, con sentenza 26.11.2010, n. 344 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali della Puglia che prescrivevano limiti alla localizzazione degli impianti eolici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge statale.

La Corte, uniformandosi a quanto già statuito in casi analoghi (Cfr. C. cost. n. 119/2010), ha invero precisato che l'indicazione da parte delle regioni dei luoghi ove non è possibile costruire i suddetti impianti può avvenire solo a seguito della approvazione delle linee guida nazionali per il corretto inserimento degli impianti eolici nel paesaggio da parte della Conferenza unificata ex art. 12, co. 10, del d. lgs. 29.12.2003 n. 387, dovendosi qualificare l'indicata norma quale espressione della competenza esclusiva dello Stato in materia ambientale.

E' stato inoltre precisato che la predisposizione delle indicate linee guida è finalizzata a garantire un'adeguata tutela paesaggistica, di talché non è consentito alle regioni «proprio in considerazione del preminente interesse di tutela ambientale perseguito dalla disposizione statale, di provvedere autonomamente alla individuazione di criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa» (Cfr. C. cost. n. 16/2009).

“La norma statale, infatti, ispirata a canoni di semplificazione, è finalizzata a rendere più rapida la costruzione degli impianti di produzione di energia alternativa e non con-

*templa alcuna delle condizioni o degli adempimenti previsti dalle disposizioni regionali impugnate”.*

Occorre inoltre rilevare che, nelle more delle su citate pronunce di illegittimità costituzionale, e precisamente in data 18.9.2010, è stato pubblicato in G.U. il d. m. Sviluppo Economico 10.9.2010, recante *“Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”*, entrato in vigore il 3.10.2010.

Il decreto disciplina il procedimento di autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e consentirà finalmente di superare la frammentazione normativa del settore, al fine di assicurare uno sviluppo ordinato ed omogeneo delle infrastrutture energetiche.

Le Linee Guida dovranno essere applicate a tutte le procedure previste per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti energetiche rinnovabili, per gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione degli stessi impianti, per le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio delle strutture.

Per tali interventi è previsto il rilascio di una autorizzazione unica, di competenza della regione o dalla provincia delegata, che dovrà essere conforme alle normative in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico artistico, e costituirà, ove occorra, variante allo strumento urbanistico.

Per quanto riguarda invece gli impianti di minore dimensione, sono previste procedure differenziate: i c.d. *“piccoli impianti”*, cioè

quelli con capacità di generazione inferiore alle soglie fissate dalla tabella A allegata al d. lgs. 387/2003, potranno essere realizzati attraverso la procedura di DIA (oggi sostituita in parte dalla SCIA); gli *“impianti minori”* (es.: impianti fotovoltaici integrati negli edifici, impianti a biomassa fino a 50 kWe, minieolico, piccoli impianti idroelettrici e geotermoelettrici, ecc.), essendo qualificati come *“attività di edilizia libera”*, potranno essere realizzati previa comunicazione di inizio lavori al comune.

Particolare attenzione è stata riservata inoltre al corretto inserimento degli impianti nel paesaggio, con particolare riferimento agli impianti eolici industriali, cui è dedicato uno specifico allegato.

Elementi per la valutazione positiva dei progetti sono, ad esempio, la buona progettazione degli impianti, il minore consumo possibile di territorio, il riutilizzo di aree degradate, soluzioni progettuali innovative e il coinvolgimento dei cittadini nella progettazione.

E' stata inoltre riservata alle regioni e province autonome la facoltà di individuare aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti.

Per ciascuna aree dovranno però essere spiegati i motivi dell'esclusione, relativi ad esigenze di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale.

Le regioni e gli enti locali, a cui oggi compete il rilascio delle autorizzazioni, dovranno adeguare le proprie norme alle Linee guida entro i 90 giorni successivi all'entrata in vigore della suddetta normativa (1.1.2011).

## I PARAMETRI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DEL REATO DI OMESSA BONIFICA

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

*La Terza Sezione Penale della Cassazione ritiene la configurabilità del reato di omessa bonifica di siti inquinati, disciplinato dall'art. 257 del t.u. Ambientale non solo allorché il soggetto responsabile non provvede alla bonifica, in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 242 e seguenti, ma, anche, qualora il soggetto, addirittura, impedisce la stessa formazione del progetto di bonifica, e quindi la sua realizzazione, attraverso la mancata attuazione del piano di caratterizzazione necessario per predisporlo.*

La Corte di cassazione penale (Sez. III, 2.7-6.10.2010, n. 35774) è intervenuta in materia di bonifiche ambientali, fornendo una chiara lettura della normativa che le disciplina, con particolare riferimento al c.d. "piano di caratterizzazione".

In tal senso, occorre, in primo luogo, osservare che l'art. 257 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (c.d. Testo Unico ambientale) ha riformato e sostituito la disciplina precedentemente dettata dall'art. 51 bis del d. lgs. 5.2.1997, n. 22 (c.d. decreto Ronchi). La disciplina penale, in effetti, nacque come reato di omessa bonifica dei siti inquinati<sup>1</sup>. Detta normativa andava letta in combinato disposto con l'art. 17 del citato testo, il quale regolava le procedure di bonifica e ripristino dei siti inquinati<sup>2</sup>. Disapplicata fino all'emanazione del decreto con cui, ai sensi dell'art. 17, vennero definiti i limiti di accettabilità dell'inquinamento, le procedure di raccolta, campionamento e analisi, tutti i criteri e le operazioni di bonifica e ripristino, la normativa fu oggetto di differenti chiavi di lettura e modalità applicative<sup>3</sup>. Ciò, fino alla ratifica data dalla giurispruden-

za ad una delle ipotesi interpretative fornite<sup>4</sup>.

Dal confronto fra le norme succedutesi, risulta che, mentre l'art. 51 bis puniva anche chi non necessariamente cagionasse l'inquinamento, ma desse comunque luogo ad «un pericolo concreto ed attuale di inquinamento», l'art. 257 punisce solo chi cagiona l'inquinamento. Inoltre, l'art. 257 richiede l'inquinamento con il superamento delle condizioni soglia di rischio, condizione non richiesta dall'art. 51 bis. Infine, l'art. 51 bis sanzionava il mancato rispetto delle indicazioni di cui all'art. 17, mentre l'art. 257 punisce chi si discosta dallo specifico progetto approvato, di volta in volta, dalla autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 242 ss.<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> In tema, come esaustivo spunto, si veda RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2007, 347 e segg.

<sup>2</sup> Cfr. PANAGIA, *Il reato di inquinamento dei siti industriali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, n. 4/1999, 1083; DE CESARIS, *La disciplina per la bonifica ed il ripristino dei siti contaminati*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2/2002, 355; MANFREDI, *La bonifica dei siti inquinati fra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente*, *ivi*, 5/2002, 667; GIAMPIETRO F., *Danno all'ambiente e bonifica dei siti inquinati: due discipline a confronto*, *ibidem*, 649

<sup>3</sup> RAMACCI, *La nuova disciplina dei rifiuti*, Piacenza, 2006, 196 e seg.

<sup>4</sup> V. Cass., Sez. III, 28.4.2000, 1783, PIZZUTI, in *Ambiente consulenza e pratica per l'Impresa*, 11/2000, 1041, con nota di PRATI, *Il reato di omessa bonifica: primi rilievi della cassazione*; GIAMPIETRO F., *Bonifica dei siti contaminati: prima decisione della suprema corte*, *ivi*, 9/2000, 805; BELTRAME, *L'art. 51-bis del Decreto Ronchi: reato di danno o reato di pericolo?*, *ivi*, 9/2001, 843 e segg.; ANILE, *La difficile applicazione della disciplina dei siti contaminati, ex art. 17 d.lgs. 22/97: irretroattività di fatto o diritto?*, in *Cass. Pen.*, 9/2002, 2884

<sup>5</sup> Secondo Cass., III, 24.1.2009, n. 9492, in tema di gestione dei rifiuti, la nuova disposizione di cui all'art. 257 del d. lgs. n. 152/2006, in materia di siti inquinati, è meno grave della previgente disposizione di cui all'art. 51 bis del d. lgs. n. 22/1997, atteso che viene ridotta l'area dell'illecito ed attenuato il trattamento sanzionatorio. Ciò, ai fini della riformulazione della fattispecie ha comportato, nel caso esaminato in quella decisione, una valutazione effettuata alla stregua della nuova disciplina secondo il principio di stretta legalità. Questo non consente un'interpretazione estensiva delle norme – ancorché basata sulle esigenze di tutela della salute e dell'ambiente, come ritenuto nella sentenza

È, poi, da considerare che, per il procedimento richiamato dal d. lgs. n. 22/1997 art. 51 *bis*, il reato era configurabile per la violazione di uno qualsiasi dei numerosi obblighi gravanti sul privato *ex art.* 17<sup>6</sup>, mentre con l'introduzione del d. lgs. n. 152/2006 art. 257, la consumazione del reato non può prescindere dall'adozione del progetto di bonifica *ex art.* 242<sup>7</sup>.

Dunque il piano di caratterizzazione è disciplinato dai suddetti artt. 242 e ss del d. lgs. n. 152/2006. Il terzo comma dell'art. 242 prevede che, ove l'indagine preliminare di cui al 2° comma accerti l'avvenuto superamento delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) anche per un solo parametro, il responsabile dell'inquinamento ne dia immediata notizia al comune ed alle province competenti per territorio, con la descrizione delle misure di prevenzione e di messa in sicurezza di emergenza adottate. Nei successivi trenta giorni, è compito del responsabile dell'inquinamento presentare alle predette amministrazioni, nonché alla regione territorialmente competente, il piano di caratterizzazione con i requisiti di cui all'allegato 2 alla parte quarta del d. lgs. n. 152/2006. Scopo del piano di caratterizzazione è raccogliere in un unico documento varie informazioni inerenti al sito

impugnata – tale da comportare effetti in *malam partem* nei confronti dei singoli. Nel caso di specie, in particolare, i giudici di merito non avevano accertato ai sensi del citato art. 257, ai fini della consumazione del reato, il superamento delle concentrazioni soglia di rischio (CSR), parametro di natura diversa dal c.d. limite di accettabilità di cui al d.m. n. 471/1999, né avevano considerato che l'obbligo di bonifica deve, ora, essere correlato a un inquinamento provocato con il superamento delle suddette concentrazioni

<sup>6</sup> Sulla funzione dell'art. 17, vigente la pregressa disciplina, di parametro di riferimento del procedimento di bonifica, cfr. Cass., I, 8.9.2006, Pezzotti e a., secondo cui, inoltre “*la bonifica, se integralmente eseguita esclude ed esclude la punibilità del fatto anche secondo la precedente normativa (come è stato sempre pacifico anche in giurisprudenza), mentre il comma 4 dell'art. 257 ha specificato non già la non punibilità per gli autori dell'inquinamento in ordine al reato di cui si tratta, bensì la estensione della non punibilità in caso di accertata bonifica, anche agli altri eventuali reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento*”

<sup>7</sup> Sulle novità introdotte dalla riforma, v. anche, nel dettaglio, RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 348

inquinato<sup>8</sup>. La caratterizzazione rappresenta, pertanto, le indagini (sondaggi, piezometri, analisi chimiche ecc.) condotte in un sito contaminato o ritenuto potenzialmente tale, il cui scopo principale è quello di definire l'assetto geologico e idrogeologico, verificare la presenza o meno di contaminazione nei suoli e nelle acque e sviluppare un modello concettuale del sito.

Entro ulteriori trenta giorni successivi dalla presentazione del piano, questo viene autorizzato dalla regione, previa convocazione della conferenza dei servizi, eventualmente mediante l'indicazione di prescrizioni integrative. L'autorizzazione regionale costituisce assenso per tutte le opere connesse alla caratterizzazione, sostituendosi ad ogni altra autorizzazione, concessione, concerto, intesa, nulla osta da parte della pubblica amministrazione.

La Suprema Corte, partendo dal dato normativo, conclude per la essenzialità del piano di caratterizzazione, che, letto l'art. 242 citato, coinvolge a più riprese e livelli regioni ed enti locali. In tal senso, l'art. 244 del d. lgs. n. 152/2006 prevede che le pubbliche amministrazioni, ove nell'esercizio delle proprie funzioni individuino siti nei quali accertino che i livelli di contaminazione sono superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione, ne diano comunicazione alla regione, alla provincia e al comune competenti. La provincia, ricevuta detta comunicazione, deve

<sup>8</sup> Tra le quali, la raccolta ed elaborazione di informazioni e dati relativi al sito in esame, all'area su cui insistono gli opifici, la ricostruzione storica delle attività produttive svolte nel sito; la caratterizzazione del sito dal punto di vista geologico ed idrogeologico; l'individuazione delle aree di potenziale interesse ai fini della caratterizzazione; la definizione del Modello Concettuale Preliminare della Contaminazione; la definizione del piano di investigazione, comprendente il numero e la posizione dei carotaggi e dei piezometri; le modalità di esecuzione delle prove per la ricostruzione del gradiente idrogeologico; la definizione dei parametri chimici da indagare; le modalità di prelievo, conservazione e gestione dei campioni di terreno e acqua; la descrizione delle metodologie di analisi chimica e che si intendono adottare con particolare riferimento alle tecniche strumentali ed ai limiti di rilevabilità; le elaborazioni grafiche e cartografiche necessarie per una più corretta interpretazione del documento. La definizione è del Dott. Ciro Costagliola, agronomo, [www.studio-costagliola.it](http://www.studio-costagliola.it)

a sua volta svolgere opportune indagini al fine di individuare il responsabile della potenziale contaminazione e, sentito il comune, lo diffida con ordinanza motivata a provvedere al piano di caratterizzazione. L'ordinanza è notificata anche al proprietario del sito, per gli effetti e le conseguenze dell'esistenza di un privilegio speciale immobiliare sul fondo, a tutela del credito per la bonifica e la qualificazione degli interventi relativi come onere reale sul fondo stesso, onere destinato pertanto a trasmettersi unitamente alla proprietà del terreno (art. 253 d. lgs. n. 152/2006).

Il Consiglio di Stato<sup>9</sup> sulla scorta della disciplina contenuta dapprima negli artt. 17 d. lgs. del 5.2.1997 n. 22 e 8 d.m. 25.10.1999, n. 471 ed oggi negli artt. 242 e 244 d. lgs. n. 152/2006, ha ritenuto, inoltre, che l'intervento di bonifica dei siti inquinati da parte del proprietario del terreno sia solo facoltativo.

Tutta la documentazione relativa al piano della caratterizzazione del sito e al progetto operativo - comprensiva delle misure di riparazione, dei monitoraggi da effettuare, delle limitazioni d'uso e delle prescrizioni eventualmente dettate dalla regione - è trasmessa alla provincia e all'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente competenti ai fini dell'effettuazione di opportuni controlli di conformità degli interventi ai progetti approvati. La provincia, sulla base di una relazione tecnica resa dalla predetta Agenzia, accerta e certifica il completamento e la conformità degli interventi di bonifica, di messa in sicurezza permanente e di messa in sicurezza operativa. La certificazione costituisce titolo per lo svincolo delle garanzie finanziarie necessarie per l'intervento o gli interventi previste dall'articolo 242, co. 7 d. lgs. n. 152/2006 richieste dalla regione.

È, inoltre, previsto un censimento ed esiste un anagrafe dei siti da bonificare, nonché siti d'interesse nazionale individuati mediante decreto del ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (artt. 251 e 252 d. lgs. n. 152/2006), oltre a siti d'interesse per la riconversione industriale, determinati di concerto con il Ministero dello sviluppo economico e la Conferenza permanente per i rap-

<sup>9</sup> CdS, V, 16.6.2009, n. 3885

porti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano.

Se il responsabile non sia individuabile e/o non provveda il proprietario del sito né altro soggetto interessato, gli interventi che risultassero necessari sono adottati, ai sensi del combinato disposto degli artt. 244 e 250, dall'ufficio del comune territorialmente competente e, in mancanza, dalla regione.

L'art. 257, co. 1 d. lgs. n. 152/2006, infine, prevede che venga punito con pena alternativa (nella disciplina portata dal decreto Ronchi le sanzioni erano congiunte) arresto o ammenda chiunque, avendo cagionato l'inquinamento di suolo, sottosuolo, acque superficiali o sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio, non provveda alla bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui ai citati artt. 242 e seguenti. Il trasgressore all'obbligo di effettuare la comunicazione dell'inquinamento di cui all'articolo 242, è punito con una pena alternativa in cui l'arresto ha un minimo edittale dimezzato rispetto alla precedente. Questa violazione, nella disciplina previgente, non formava oggetto di autonoma previsione con relativa sanzione.

L'inquinamento provocato da sostanze pericolose genera l'irrogazione di pene più severe: il decreto Ronchi, a detto proposito, parlava genericamente di "rifiuti pericolosi". La sospensione condizionale della pena, anche in caso di patteggiamento (art. 444 del c.p.p.), può essere subordinato all'esecuzione di interventi di emergenza, bonifica e ripristino ambientale.

La natura del reato è palesemente omissiva; poiché, inoltre, la lettera della disposizione esige un attivarsi (per la bonifica) conformemente al progetto approvato dalle autorità competenti, è da ritenere che sia punibile non solo l'omissione, cui è da equiparare la totale violazione delle prescrizioni, ma pure la parziale difformità dell'intervento<sup>10</sup>.

È interessante l'ultimo comma dell'art. 257 citato, secondo il quale l'osservanza dei progetti approvati ai sensi degli artt. 242 e se-

<sup>10</sup> Cfr. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit. 349

guenti costituisce condizione di non punibilità per i reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al co. 1 sopra menzionato<sup>11</sup>. Per reati ambientali, si preferisce l'interpretazione che circoscrive il riferimento a quelli per cui l'ambiente rappresenta il bene giuridico tutelato, con esclusione, dunque, di reati dalla diversa oggettività giuridica (si pensi al getto pericoloso di cose di cui all'art. 674 c.p.). Il reato di cui all'art. 257 del t.u. ambientale è estinto dalla bonifica operata, secondo le disposizioni del progetto approvato dall'autorità competente, dal soggetto che ha causato l'inquinamento del sito, a prescindere dalla natura (pericolosa o meno) delle sostanze inquinanti<sup>12</sup>.

La Suprema Corte ricava un chiaro principio dall'esame del caso su cui è stata chiamata a decidere. L'imputato in ogni caso è stato ritenuto in fatto responsabile dell'inquinamento verificatosi nel febbraio 2008. Stando alla lettera della legge esaminata, dunque, egli era tenuto a provvedere alla bonifica del sito; a maggior ragione e prima ancora, quindi, doveva dar attuazione del piano di caratterizzazione, in quanto responsabile della società all'interno del cui stabilimento si era verificato l'inquinamento e, anzi, era ancora presente la sorgente attiva contaminante. Il giudice del merito, in tal senso, aveva ritenuto configurabile il reato in questione non solo allorché il soggetto «*non provvede alla bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 242 e seguenti*», ma, anche, qualora il soggetto, come è stato appurato nel

caso di specie, addirittura impedisce la stessa formazione del progetto di bonifica, e quindi la sua realizzazione, attraverso la mancata attuazione del piano di caratterizzazione, necessario per predisporre il progetto di bonifica.

L'interpretazione alla base della decisione di primo grado è stata censurata dalla difesa dell'imputato, ma confortata e ratificata dalla Corte, in quanto non si tratta di una non consentita interpretazione estensiva in *malam partem* o di una applicazione analogica della norma penale incriminatrice. L'applicazione di detti strumenti giuridici nell'ordinamento penale, in effetti, è in entrambi i casi vietata. Nel primo caso, si tratta di dare un'interpretazione della norma per cui, all'esito, essa risulta affermare di più di quanto si evinca dal testo letterale del disposto che la racchiude. Ciò, in senso deteriore nei confronti del destinatario della norma, è sempre vietato nel sistema penale. Pure vietata (anche *in melius*, per i più) è l'estensione analogica, che consiste, invece, nell'applicare la norma che disciplina un'ipotesi a caso diverso, ma in tutto e per tutto simile (analogo, verrebbe da dire, appunto) al caso disciplinato.

Vero è, invece, secondo il giudice di legittimità, che quella fornita dal Tribunale di Udine sia l'unica interpretazione sistematica atta a rendere il sistema razionale e non in contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione. Una disciplina che prevedesse la punizione di un soggetto che dà esecuzione al piano di caratterizzazione, ma poi omette di eseguire il conseguente progetto di bonifica ed invece esonerasse da pena il soggetto che, addirittura, omette anche di adempiere al piano di caratterizzazione, così ostacolando ed impedendo la stessa formazione del progetto di bonifica, sarebbe evidentemente del tutto irrazionale. Avallando una lettura che consentisse azioni (anche omissive) atte ad impedire che possa anche solo prendere vita un progetto di bonifica, in vero, si renderebbe sostanzialmente inapplicabile il precetto letterale. Per questo, chiosa la Suprema Corte, la condotta che impedisce di predisporre e di realizzare la bonifica già attraverso la mancata attuazione del piano di caratterizzazione non solo è punibile oggi,

<sup>11</sup> Vedi supra, nota 6. La formulazione è piuttosto confusa: non si capisce se si debba far riferimento ad una delle condizioni di non punibilità di cui all'art. 44 del codice penale – in tal caso, infatti, verrebbe a mancare un elemento necessario al perfezionamento della illiceità penale della condotta vietata, visto il richiamo alla condotta di inquinamento – o, diversamente, si volessero richiamare, piuttosto, delle condizioni sopravvenute di non punibilità, – a causa del riferimento ad altri reati –, perché, in tale seconda ipotesi, si avrebbe una esclusione della pena, ma non di misure di sicurezza quali la confisca. Si vedano, in tema, VERGINE, *Rifiuti e Scarichi: profili sanzionatori*, in *Ambiente & Sviluppo*, 5/2006, 481; RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, cit. 350

<sup>12</sup> Cass., III, 13 aprile 2010, n. 22006

sotto la vigenza dell'art. 257 del d. lgs. n. 152/2006, ma lo era già prima, ai sensi dell'art. 51 *bis* d. lgs. n. 22/1997.

La Terza Sezione penale che si segnala, inoltre, statuisce anche in materia di prescrizione, unendo la tematica del reato a quella del processo penale.

L'art. 158, co. 1 c.p., in tema di reato permanente, stabilisce che la prescrizione inizia a decorrere da quando cessa o è cessata la permanenza. La Corte non afferma trattarsi di reato permanente: invero, a parere di chi scrive, occorre distinguere la permanenza della condotta da cui scaturisce l'inquinamento, tanto dall'effetto di superamento dei livelli CSC e CSR, quanto dalla permanenza della condotta omissiva della bonifica e/o, come nel caso che occupa, di sostanziale impedimento dell'avvio o della conclusione dell'*iter* che porta alla stessa. Ritenendo il presupposto

della fattispecie racchiuso nel superamento dei livelli di legge di determinate immissioni inquinanti, è da ritenere che, indipendentemente dalla condotta, che va pur sempre accertata, il reato inizi a prescrivere, ovvero possa dirsi consumato e la permanenza cessata, solo dall'ultimo superamento della soglia. Identico ragionamento, secondo l'art. 158, co. 1 c.p., andrebbe svolto ove, piuttosto, si preferisse parlare di reato continuato, ovverosia nel caso in cui la fattispecie derivi da più azioni, ripetute nel tempo, esecutive del medesimo disegno criminoso.

Lo stesso discorso, infine, si ritiene ammissibile ove il reato si consideri, forzandone un pò l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, istantaneo ad effetti permanenti<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Si veda, in tema, Cass. III, 5.6. 2003, Dell'Amico

## L'ACQUISIZIONE SANANTE EX ART. 43 T.U. IN TEMA DI ESPROPRIAZIONE: IERI "VIA D'USCITA LEGALE" PER LE OCCUPAZIONI SINE TITULO, OGGI MONSTRUM GIURIDICO, BANDITO DALL'ORDINAMENTO GIURIDICO NAZIONALE

della Dott.ssa Valentina Pavone

*L'A., dopo aver ricostruito il panorama normativo vigente in tema di occupazioni illegittime di fondi di soggetti privati da parte della pubblica amministrazione, illustra le peculiarità dello strumento dell'acquisizione sanante, previsto nell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001, e, analizzandone le criticità, dà conto della recente pronuncia della C. cost., 8.10.2010, n. 393, che ne ha sancito l'incostituzionalità*

La Costituzione italiana (art. 42) riconosce e tutela il diritto di proprietà dei privati, rinviando alla fonte legale il compito di definirne i modi di acquisto e di godimento, da un lato, e i limiti nell'esercizio, dall'altro, al fine di "assicurare la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti".

Lo stesso legislatore costituente individua il procedimento di esproprio quale strumento legale idoneo a comprimere l'esercizio del diritto di proprietà.

L'espropriazione per pubblica utilità è oggi disciplinata nel d.P.R. 8.6.2001, n. 327, recante disposizioni legislative e regolamentari in materia, che costituisce il paradigma dei c.d. testi unici di nuova generazione, aventi cioè una duplice funzione: in primo luogo quella di riordinare e razionalizzare la normativa del settore e in secondo luogo quella di introdurre disposizioni normative nuove che si rendano necessarie al coordinamento e all'armonizzazione dell'intera normativa.

Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'ambito dei procedimenti ablatori è stato ribadito dal legislatore nazionale nell'art. 2 del T.U., a norma del quale la compressione del diritto di proprietà, per effetto delle procedure volte all'espropriazione di pubblica utilità, può essere disposta solo nei casi previsti dalla legge e da fonti regolamentari.

A dispetto di ciò, la prassi amministrativa è stata contrassegnata da forme di esproprio di fatto, avvenute, cioè, attraverso la costru-

zione di opere pubbliche su aree acquisite *sine titulo*, ovvero al di fuori dell'iter procedimentale stabilito per l'emanazione del provvedimento d'esproprio, e illecitamente trasformate, proprio per effetto della costruzione dell'opera.

La giurisprudenza civile ha ribattezzato tali comportamenti illegittimi con due diversi *nomen*, per descrivere due forme di occupazione da parte della pubblica amministrazione delle aree dei privati, diverse per presupposti e per conseguenze in punto di tutela giurisdizionale attivabile: si è parlato di occupazione acquisitiva/appropriativa (o accessione invertita) e di occupazione usurpativa.

L'occupazione acquisitiva/appropriativa (o accessione invertita) è un istituto di origine pretoria, il cui *leading case* si rinviene nella pronuncia della Cass. sez. un. 26.2.1983, n. 1464, che deriva da un procedimento espropriativo contrassegnato da un'anomalia. Il procedimento ablatorio, infatti, inizia con una valida dichiarazione di pubblica utilità e si conclude irregolarmente, poiché, senza alcun decreto di esproprio, la pubblica amministrazione acquisisce l'area, irreversibilmente trasformata per effetto della costruzione dell'opera.

In altri termini la fattispecie della occupazione acquisitiva è contrassegnata dall'esistenza della dichiarazione di pubblica utilità, dal successivo decreto di occupazione d'urgenza, dalla trasformazione irreversibile del fondo per la costruzione dell'opera, implican-

te la perdita del diritto di proprietà per accessione invertita, appunto, e dalla scadenza del termine di occupazione legittima senza l'emanazione del provvedimento finale, ovvero senza decreto di esproprio. La giurisprudenza civile ravvisa, inoltre, un'ulteriore ipotesi di occupazione acquisitiva, anche laddove manchi, dopo la dichiarazione di pubblica utilità, il provvedimento di occupazione d'urgenza e si verifichi l'irreversibile trasformazione dell'area. Tra le due ipotesi illustrate ciò che muta è il momento dal quale può farsi decorrere il termine di prescrizione del diritto del privato ad ottenere il risarcimento dei danni subiti per effetto della perdita del proprio diritto di proprietà: quando manca il decreto di occupazione d'urgenza, l'acquisto a titolo originario avviene nel momento di irreversibile trasformazione del fondo, quindi da tale momento decorre il termine di prescrizione; quando l'opera è ultimata nel corso dell'occupazione legittima, per la presenza del decreto d'occupazione d'urgenza, il termine di prescrizione decorre dal termine di scadenza del periodo di occupazione legittima.

L'occupazione acquisitiva è divenuta un nuovo modo di acquisto a titolo originario della proprietà del fondo del privato in favore del soggetto pubblico, sulla base del meccanismo dell'accessione civilistica di cui all'art. 936 operante a contrario (di qui la denominazione accolta dalla dottrina di accessione invertita).

La norma dell'art. 936, rubricata "*opere fatte da un terzo con materiali propri*", è ispirata al principio espresso nel brocardo latino *quidquid inaedificatur solo coedit*, in base al quale il proprietario del fondo acquisisce la proprietà sulle opere costruite da un terzo, salvo il divieto generale dell'indebito arricchimento di cui al c.c. 2041, per il quale a nessuno è consentito accrescere il proprio patrimonio con danno altrui. Quando il terzo assume la qualificazione giuridica di pubblica amministrazione tale meccanismo, secondo la ricostruzione della giurisprudenza del giudice civile, opera con un'inversione, poiché viene attribuita al soggetto pubblico, terzo nella fattispecie, la titolarità del proprietà del suolo, originariamente del privato.

L'occupazione usurpativa, anch'essa di o-

rigine pretoria, è un istituto che si configura quando l'occupazione del suolo viene posta in essere in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità. Tale circostanza prende corpo laddove il provvedimento *de quo* manchi *ab initio*; quando venga meno per effetto di una pronuncia giurisdizionale di annullamento; ovvero quando venga meno per inefficacia, determinata dalla scadenza dei termini per inizio dei lavori. In questo caso manca il formale legame teleologico tra l'opera costruita e l'interesse pubblico. Non opera il meccanismo di acquisizione del diritto di proprietà, poiché il nesso teleologico tra l'opera e l'interesse pubblico, se esistente, non si fonda su di un provvedimento amministrativo, formale espressione della funzione amministrativa, ma solo su di un mero fatto materiale. L'acquisizione del diritto di proprietà sull'area usurpata si configura come un effetto eccezionale, derivante o da una precisa volontà del privato che preferisce il risarcimento dei danni alla retrocessione del bene o da ragioni legate alla eccessiva onerosità delle operazioni di rimozione dell'opera, ai sensi dell'art. 2058, o da ragioni di opportunità, legate alla constatazione che la restituzione dell'area inciderebbe su interessi circoscritti alla realtà locale, ai sensi dell'art. 2933 c.c..

L'individuazione del giudice avente giurisdizione sulle controversie derivanti dalle occupazioni illegittime, aventi natura acquisitiva e usurpativa, non è stata un'operazione semplice, poiché la problematica si è fondata su di un dato normativo in continua evoluzione.

Sotto la vigenza della l. TAR, testo storico, il privato leso da occupazione acquisita doveva proporre la domanda di risarcimento danni dinanzi al giudice ordinario<sup>1</sup>, anche laddove fosse intervenuto dopo la scadenza dei termini di occupazione del fondo il decreto di esproprio, trattandosi in questo caso di provvedimento amministrativo emanato in carenza di potere<sup>2</sup>; nel caso di occupazione usurpativa era il giudice ordinario a doversi occupare sia della domanda di risarcimento dei danni sia della istanza di retrocessione del bene. Nel

<sup>1</sup> Cfr. *ex plurimis* Cass., sez.un., 2997/1989; Cass., SS.UU., n. 3843/1989.

<sup>2</sup> Cfr. *ex plurimis* Cass., sez.un., 12206/1990.

quadro normativo venutosi a formare con l'art. 34 del d. lgs. n. 80 del 1998, come novellato dalla l. n. 205/2000, la giurisprudenza maggioritaria<sup>3</sup> riteneva sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia per le controversie relative ad ipotesi di occupazione acquisitiva sia per le controversie relative ad ipotesi di occupazione usurpativa, poiché entrambe potevano qualificarsi come comportamenti amministrativi afferenti alla materia dell'urbanistica, rientranti, secondo la formula dell'art. 34 d. lgs. 80/1998, nella sfera giurisdizionale del giudice amministrativo in via esclusiva.

Tale indirizzo giurisprudenziale, detto onnicomprensivo poiché riconduceva tutte le controversie connesse alle distinte ipotesi di occupazione abusiva sotto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>4</sup>, è stato confermato con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 327/2001: l'art. 53 del d.P.R., prima norma del capo sulla tutela giurisdizionale, ha ribadito, nella sua originaria formulazione, la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le vertenze aventi ad oggetto, oltre che gli atti, i provvedimenti e gli accordi, anche i comportamenti delle pubbliche amministrazioni, conseguenti all'applicazione delle disposizioni contenute nel t.u.

L'articolato normativo del d.P.R. n. 327 si è interessato della prassi delle occupazioni illegittime introducendo l'istituto dell'acquisizione sanante nel disposto dell'art. 43.

Il legislatore del 2001, infatti, al fine di evitare le condanne da parte della CEDU, che aveva cassato la prassi della espropriazione indiretta, ritenendola in violazione del principio di proprietà tutelato dall'art. 1 della Convenzione, ed in coerenza con il principio di legalità affermato in materia, ha dato veste legale alle occupazioni *sine titulo*, contemplando la procedura di acquisizione in sanatoria dell'area illegittimamente occupata, ai

sensi dell'art. 43.

Si tratta di un provvedimento di natura discrezionale che, all'esito di una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, può essere disposto dalla pubblica amministrazione che abbia occupato e modificato illegittimamente un immobile per scopi di interesse pubblico, o in assenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità ovvero in forza di dichiarazione di pubblica utilità annullata, ovvero in assenza di un valido ed efficace decreto di esproprio, ovvero in forza di un decreto di esproprio successivamente annullato.

Tale provvedimento amministrativo con effetto sanante opera, quindi, sia con riguardo alle ipotesi di occupazioni illegittime di natura appropriativa sia con riguardo alle ipotesi di occupazioni illegittime di natura usurpativa: alla prevalenza del principio di conservazione dell'azione amministrativa sulla tutela del diritto di proprietà del privato – che comporta l'acquisizione alla mano pubblica del fondo – fa da contraltare la previsione di un obbligo di risarcimento danni in capo alla pubblica amministrazione.

Il quadro normativo, così delineato, ha subito un'ulteriore modifica per effetto della giurisprudenza della C. cost., intervenuta sulla formulazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 80/1998, e, per quanto concerne la tematica espropriativa, dell'art. 53 del d.P.R. n. 327/2001.

La sentenza della Consulta n. 204/2004, intervenendo sul contenuto dell'art. 34, ha chiarito che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sussiste per le controversie derivanti da un comportamento amministrativo in senso proprio, poiché espressione del potere autoritativo della pubblica amministrazione; in linea con tale indirizzo, la sentenza costituzionale 191/2006, incidendo sul disposto dell'art. 53 del d.P.R. n. 327, ha affermato la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per le controversie aventi ad oggetto comportamenti dell'amministrazione connessi all'esercizio della funzione pubblica, ovvero quando, come nel caso di occupazione acquisitiva, l'occupazione del fondo sia avvenuta *de iure*, in presenza cioè di una dichiarazione di pub-

<sup>3</sup> Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., 15843/2003; Cass., sez. un., 5055/2004; CdS, V, n. 373/2004.

<sup>4</sup> Non può sottacersi l'indirizzo, seppur minoritario, espresso la Corte di Cassazione che ha dichiarato di propria spettanza le controversie connesse alle fattispecie di occupazione usurpativa, trattandosi di meri comportamenti materiali produttivi di danno ingiusto. Cfr. *ex plurimis* Cass. sez. un. 6.6.2003, n. 9139, in *Urb. e App.*, 2003, 1293

blica utilità, successivamente venuta meno per inefficacia o invalidità.

In altri termini la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste nelle controversie riguardanti le fattispecie di occupazione appropriativa; diversamente sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per la risoluzione delle controversie riguardanti le fattispecie di occupazione usurpativa.

La giurisprudenza dei giudici della Consulta ha trovato conferma nelle pronunce dei supremi consessi civili e amministrativi<sup>5</sup>.

L'Ad.Plen. del CdS, con la pronuncia n. 4/2005 e successivamente n. 9 dello stesso anno, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in via esclusiva delle controversie connesse ad occupazione acquisitiva, sia laddove tale fattispecie sia originata da inefficacia del decreto d'occupazione d'urgenza sia laddove tale fattispecie sia originata da invalidità del medesimo decreto per effetto di pronuncia giurisprudenziale: nelle due ipotesi la posizione giuridica soggettiva del privato sarà rispettivamente di interesse legittimo e di diritto soggettivo ma la lesione è in entrambi i casi riconducibile ad un comportamento eziologicamente connesso all'esercizio della funzione pubblica, *“pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento”*<sup>6</sup>

Il contestato istituto della utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, conosciuto come acquisizione sanate coattiva, previsto nell'art. 43 del t.u. in materia espropriativa ritorna all'attenzione della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato la illegittimità costituzionale, con la pronuncia 8.10.2010, n. 293.

<sup>5</sup> Cfr. *ex plurimis*, Cass. sez.un., 26793/2008 e CdS, Ad. plen., nn. 4/2005 e 9/2005.

<sup>6</sup> CdS Ad. Plen., n. 4/2005. Nel medesimo senso cfr. CdS, Ad. Plen., n. 9/2005, che riflettendo su di una ipotesi di occupazione acquisitiva contrassegnata da una dichiarazione di pubblica utilità, annullata per effetto di una pronuncia giurisdizionale, afferma che tale circostanza non recide il legame esistente tra il comportamento della pubblica amministrazione e l'esercizio del potere pubblico, seppur illegittimamente concretizzatosi.

L'eccezione di incostituzionalità dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 è stata sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con tre ordinanze di identico tenore, nn. 114, n. 115, n. 116 del 2009 – pronunciate nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto occupazioni illegittime.

Il TAR campano dubita della legittimità costituzionale di tale norma, per violazione degli artt. 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, cost..

Con particolare riguardo agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 cost., il Tribunale evidenzia come l'emanazione del provvedimento in parola, diretto ad evitare la restituzione del bene e a sanare la pregressa illegalità, *“avrebbe assunto la natura di strumento «ordinario», attraverso il quale «si legalizza l'illegale»*”.

L'esercizio del potere amministrativo in tale circostanza avrebbe messo in discussione le garanzie costituzionali del diritto di proprietà di cui all'art. 42, cost.: l'uso di tale strumento si presta, infatti, ad un concreto abuso poiché ben difficilmente nella pratica è possibile immaginare ipotesi in cui l'amministrazione non possa giustificare il proprio operato, con la necessità di perseguire uno scopo pubblico.

Con riguardo alla non conformità all'art. 117 Cost., il Tribunale, dopo aver richiamato la pronuncia costituzionale n. 349 del 2007, con riguardo al rapporto fra norma statale ed obblighi derivanti dalla CEDU, assume che la norma censurata non sarebbe conforme ai principi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con l. 4.8.1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), in base ai quali il diritto di proprietà potrebbe essere acquistato dall'amministrazione soltanto attraverso l'emanazione di un formale provvedimento amministrativo, e all'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale *«l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà*

*fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario».*

Da ultimo, i remittenti censurano l'art. 43 anche sotto il profilo della non conformità al disposto dell'art. 76, cost., in quanto l'art. 7, co. 2, lett. d) della l. delega 8.3.1999, n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi – l. di semplificazione 1998) avrebbe delegato al Governo il mero “*coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo*”.

La C. cost. con la declatoria di incostituzionalità dell'art. 43 parte proprio da quest'ultimo rilievo e, attraverso l'analisi dell'istituto *de quo*, evidenzia come il meccanismo di acquisizione sanante prevista dall'art. 43 d.P.R. n. 327/2001 sia, viceversa, connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale. Di qui il vizio di eccesso di delega rilevante *ex art. 76 cost.*

La Corte precisa, inoltre, che la scelta seguita dal nostro legislatore è solo una delle possibili strade percorribili, sulla cui legittimità la stessa Corte non riesce a nascondere

le sue riserve: il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ad esempio garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei.

La Consulta, infine, ricordando le considerazioni svolte dalla Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha, a più riprese, affermato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 del T.U. oggetto di censura –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma»<sup>7</sup>, ribadisce che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia insufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità, e ne dichiara l'espulsione dal nostro ordinamento giuridico.

<sup>7</sup> CEDU, Sciarrotta e altri c. Italia, Sez. III, 12.1. 2006, ricorso n. 14793/02.

## IL RISPETTO DEI LIMITI VOLUMETRICI NELL'ESERCIZIO DELLO *IUS AEDIFICANDI* TRA STANDARDS URBANISTICI E CESSIONE DI CUBATURA

della Dott.ssa Raffaella Vaira

*L'esercizio del diritto all'edificazione è condizionato dal rispetto di limiti volumetrici dettati dai c.d. standards urbanistici. In alcuni casi e al rispetto di determinate condizioni, tali limiti possono essere superati attraverso l'istituto della cessione di cubatura, accordo stipulabile tra i proprietari di fondi confinanti al fine di trasferire la volumetria realizzabile sul fondo dell'uno al fondo dell'altro. L'analisi delle pronunce giurisprudenziali sull'argomento consente di delineare i confini di questo particolare istituto, non ancora riconosciuto a livello di normazione statale, e di individuare il ruolo attribuito all'amministrazione comunale nel consentire tale prassi*

Il diritto di edificare, riconosciuto al proprietario di un fondo o di un immobile, come a qualsiasi altro soggetto che legittimamente li detenga<sup>1</sup>, deve essere esercitato nel rispetto degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente<sup>2</sup>.

A livello tecnico, tale rispetto si traduce nell'osservanza dei c.d. standard urbanistici introdotti dall'art. 17 della l. 6.8.1967, n. 765 (c.d. Legge Ponte), al fine di garantire un adeguato equilibrio tra sviluppo urbanistico e rispetto del territorio<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La normativa in materia di titoli edilizi da sempre riconosce l'esercizio dello *ius aedificandi* non soltanto al proprietario del fondo o dell'immobile ma anche a "chiunque ne abbia titolo per richiederlo. Cfr. art. 4, comma 1, l. n. 10/1977 relativo alla concessione edilizia, oggi trasfuso nell'art. 10, comma 1, del d.P.R. n. 380/2001 relativo al permesso di costruire. Negli stessi termini si esprime l'art. 23 del medesimo d.P.R. n. 380/2001, relativo alla denuncia di inizio attività, che, al comma 1, si riferisce a "Il proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la denuncia di inizio attività".

<sup>2</sup> Tale condizione era fissata, per l'ottenimento della concessione edilizia, dall'art. 4, coo. 1, 2 e 6 della l. n. 10/1977. Essa è oggi ribadita dall'art. 12, co.1, d.P.R. n. 380/2001, per il permesso di costruire, e dall'art. 23 del medesimo d.P.R. per l'esercizio della denuncia di inizio attività.

<sup>3</sup> L'introduzione di appositi limiti e vincoli alle autorità preposte alla gestione del territorio è la tendenza tipica della legislazione del secondo dopoguerra. Di tali limiti, alcuni sono volti a condizionare il contenuto dei piani urbanistici, mentre altri sono finalizzati a guidare l'attività edilizia nella fase del suo concreto svolgimento. Tipica categoria è costituita dagli standards urbanistici, limiti inderogabili di densità edilizia, di al-

Con l'introduzione di tali parametri, il legislatore italiano ha stabilito la necessità di individuare per ogni zona edificabile, risultante dalla divisione del territorio operata dal piano regolatore generale<sup>4</sup>, la volumetria

tezza, di distanza tra i fabbricati e di rapporti massimi tra spazi, introdotti dall'art. 17 l.n. 765/1967 (che introduce, nella l. n. 1150 del 1942, l'art. 41-*quinquies*) e fissati, nel valore, dal D.M.LL.PP. n. 1444 del 1968, il quale provvede, inoltre, ad introdurre le c.d. zone territoriali omogenee, nelle quali il territorio comunale deve essere suddiviso dai piani regolatori generali. In tema di *standards* urbanistici, *ex multis*, L. FALCO, *Gli standard urbanistici*, Roma, 1978; ID., *I nuovi standard urbanistici: una lettura degli standard dopo venticinque anni di esperienze; le potenzialità, l'uso, la sperimentazione di nuove tecniche; le iniziative regionali e l'applicazione nei diversi contesti*, Roma, 1993; E. PETRONCELLI MACCHIAROLI, *Analisi delle interrelazioni funzionali per la definizione di nuovi standards urbanistici*, Napoli, 1981; F. SALVIA, *Standard e parametri tra regole di pianificazione e disciplina della edificabilità*, in *Nuove autonomie*, 2000; A. CHIERICHETTI, *Gli standard urbanistici qualitativi nell'attività di governo del territorio*, in AA. VV. (a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI-E. FERRARI-P. URBANI), *Il governo del territorio. Atti del Sesto Convegno Nazionale AIDU*, Milano, 2003, 111 ss.

<sup>4</sup> Come accennato nella precedente nota, il d.m. n. 1444 del 1968 provvede a suddividere il territorio comunale in zone territoriali omogenee, attribuendo a ciascuna di esse, una propria funzione (zona A - centro storico; zona B - di completamento, poiché riguardanti parti del territorio parzialmente o totalmente edificate; zona C - di espansione, destinate a nuovi complessi insediativi; zona D - insediamenti produttivi; zona E - uso del soprasuolo per fini agricoli; zona F - infrastrutture ed impianti di interesse generale). Come evidenziato dalla dottrina, tale suddivisione del territorio, espressione di un'urbanistica rigidamente razionalistica, è, ormai da tempo, oggetto di ripensamento, ritenendo-

complessiva delle costruzioni ivi realizzabili.

Nella specie, il suindicato art. 17 distingue tra standard ad operatività differita e standard ad operatività immediata. Nella prima tipologia rientrano gli standard volti a garantire, all'interno di ogni singola zona, un'ordinata gestione del territorio attraverso limiti di densità edilizia, di altezza e di densità tra i fabbricati, nonché rapporti tra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali o produttivi e spazi destinati alle attrezzature pubbliche, i quali vincolano i comuni nelle scelte urbanistiche da operare in sede di pianificazione. La relativa operatività si configura come "differita" in quanto producono effetti, nei confronti dei soggetti privati, soltanto in seguito all'approvazione dei piani che li recepiscono o delle loro varianti<sup>5</sup>.

Gli standard ad operatività immediata, invece, sono stati introdotti per i Comuni ancora sprovvisti di piano regolatore generale o di programma di fabbricazione, al fine di evitare la compromissione dei relativi territori. Essi, infatti, assoggettano direttamente l'attività edificatoria, e quindi i soggetti privati, ad un regime particolarmente limitativo, costituito, principalmente, dal divieto di procedere a lottizzazione prima dell'approvazione dello strumento urbanistico, come da una serie di limiti di volumi e altezze, differenziati in relazione alle diverse zone in cui deve sorgere ed alla funzione che la costruzione stessa è destinata a svolgere (residenziale/produttiva).

A prescindere dalla loro operatività, gli standard urbanistici possono essere considerati quali determinazione degli indici inderogabili di densità edilizia, esprimendo il rapporto plano-volumetrico tra la superficie utilizzabile, per la costruzione di un edificio, e la volumetria occupabile dallo stesso.

La l. n. 756 del 1967 ha, quindi, provvedu-

---

si preferibile la realizzazione di un'integrazione, su tutto l'agglomerato urbano, delle diverse funzioni esperibili dal territorio (residenza, luoghi di lavoro, servizi...ecc.). Cfr. P. STELLA RICHTER, *Riforma urbanistica: da dove cominciare*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1996, 442)

<sup>5</sup> In riferimento a tali parametri, gli organi competenti competenti possono prevedere esclusivamente limiti uguali o inferiori, quando indicano misure massime, mentre ne possono stabilire solamente uguali o superiori, quando sono posti nella misura minima.

to a stabilire limiti di densità edilizia in riferimento a determinati parametri individuati in rapporto alla superficie edificabile posseduta, agli spazi variamente destinati agli insediamenti residenziali e produttivi, alle aree destinate alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi.

Detti indici possono, altresì, riferirsi alla densità territoriale, ossia alla quantità massima di volumi realizzabili in una zona territoriale omogenea, ovvero un comprensorio di terreno caratterizzato da una medesima qualità urbanistica, oppure alla densità fondiaria, identificata, invece, nel volume massimo realizzabile su uno specifico lotto, in funzione della prima. Quest'ultima, quindi, definisce il volume massimo consentito ed il relativo indice di fabbricabilità da applicare all'effettiva superficie suscettibile di edificazione<sup>6</sup>.

Nel rispetto degli indici di densità edilizia, ogni lotto di terreno edificabile è, quindi, dotato di una propria "vocazione" edificatoria che si esprime in termini di cubatura ammissibile o consentita.

Secondo l'ormai consolidato orientamento della dottrina e della giurisprudenza, la cubatura, espressa o posseduta da un terreno, costituisce un valore economico che tende a distaccarsi dalla proprietà del suolo stesso per formare oggetto di autonoma cessione tra i privati<sup>7</sup>, potendo, in quanto tale, essere alienata o ceduta indipendentemente dalla alienazione o dalla cessione del terreno al quale si riferisce, nel rispetto, ovviamente, di determinate condizioni.

La cubatura, quindi, esprimendo la possibilità di edificare un determinato volume edilizio, se, da un lato, risulta essere intrinsecamente collegata al relativo terreno, dall'altro lato, costituisce una utilità separata da quest'ultimo, configurandosi come autonomamente valutabile e dotata di una propria commerciabilità e patrimonialità.

In quanto tale, la cubatura può costituire oggetto di autonoma cessione tra i privati, attraverso l'istituto della "cessione di cubatu-

---

<sup>6</sup> CdS, IV, 22.02.1993, n. 182.

<sup>7</sup> Cfr., *ex multis*, RUGGIERO, *Contenuto e finalità delle convenzioni urbanistiche nella esperienza notarile*, in AA. VV. (a cura di Costantino), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995

ra” (altrimenti detta “*trasferimento di volumetria*” o “*asservimento di aree*”), che consente al proprietario di un’area di trasferire la totalità o parte delle sue possibilità edificatorie ad altro soggetto, allo scopo di consentire a quest’ultimo di realizzare, nell’area di sua proprietà, una costruzione di maggiore cubatura, nel rispetto dell’indice di densità fondiaria.

L’istituto, in assenza di previsioni legislative statali, ha trovato riconoscimento e disciplina in alcune leggi regionali<sup>8</sup> e in determinati strumenti urbanistici<sup>9</sup>, oltre che nelle pronunce giurisprudenziali<sup>10</sup>.

Nella specie, la cessione di cubatura si realizza attraverso la stipulazione di un accordo tra proprietari confinanti, spesso a fronte di un corrispettivo, con il quale il proprietario di un fondo attribuisce al proprietario dell’altro fondo tutta o parte della cubatura, al fine di consentirgli di realizzare una costruzione di volumetria maggiore rispetto a quella consentita dalla superficie del fondo stesso.

Nel rispetto dell’indice di fabbricabilità, ossia del rapporto tra la superficie destinata all’edificazione ed i volumi consentiti, il proprietario di un determinato lotto può, pertanto, avvalersi della cubatura di un lotto vicino con il conseguente asservimento dell’area, consistente nella volontaria rinuncia alle possibilità edificatorie di un lotto in favore dello sfruttamento delle stesse in un’altra particella<sup>11</sup>.

In ragione dell’interesse pubblico ad una corretta gestione del territorio, nella cessione di cubatura l’autonomia privata deve necessariamente trovare conferma in un atto di assenso dell’amministrazione comunale, poiché il trasferimento di cubatura comporta una ride-

<sup>8</sup> Cfr. L.R. Veneto n. 58 del 1978; L.R. Lombardia n. 93 del 1980.

<sup>9</sup> Esempio è il PRG di Torino, approvato con d.P.R. del 6.10.1959, il quale consente, all’art. 7, nelle zone per le quali è prevista una densità media complessiva, che la cubatura spettante ad un’area possa così essere utilizzata su un altro suolo, a seguito di accordo delle parti e con il consenso del Comune.

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, CdS, V, 8.09.1983, n. 366.

<sup>11</sup> In tema di necessario collegamento tra trasferimenti di volumetria e rispetto degli *standard* urbanistici A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, 13 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. CdS, IV, 4.5.2006, n. 2488.

terminazione della densità edilizia delle aree ricomprese nella zona di riferimento, in deroga agli standard previsti dagli strumenti urbanistici generali.

L’effettivo trasferimento di volumetria edificabile da un fondo ad un altro può realizzarsi soltanto in presenza di due atti distinti per natura ma necessariamente collegati tra loro: l’accordo tra i privati proprietari, avente natura privata e volto a limitare o ad annullare l’area edificabile di un fondo a favore di un altro, ed il provvedimento, di natura amministrativa, con il quale il comune di riferimento abilita all’edificazione sul fondo di destinazione per una volumetria maggiorata rispetto a quella originariamente allo stesso spettante.

Ne consegue che la cessione di cubatura esplica i propri effetti soltanto in seguito al rilascio del titolo edilizio che abilita alla realizzazione della costruzione avente volumetria pari alla somma di quella già spettante al relativo fondo e di quella invece ottenuta per trasferimento.

La giurisprudenza da sempre assoggetta la validità dell’istituto della cessione di cubatura al rispetto di determinate condizioni, identificate, essenzialmente, nell’omogeneità dell’area territoriale entro la quale si trovano i due terreni (cedente la cubatura e ricevente la cubatura oggetto del contratto) e la contiguità dei due fondi<sup>12</sup>.

Nella specie, il requisito dell’omogeneità è finalizzato a garantire il rispetto delle previsioni di piano, legate alla rilevazione della volumetria esistente, in modo da determinare, secondo gli standard dettati dal d.m. n. 1444/1968, a quale tipologia di comparto edificabile appartiene l’area. Qualora si ammettesse la cessione di cubatura tra fondi aventi qualificazione urbanistica differente, risulterebbe, infatti, alterato, o comunque superato nei suoi limiti massimi, l’indice di densità territoriale.

Il requisito della contiguità, invece, è inteso da dottrina e giurisprudenza in senso relativo e non fisico. Esso, pertanto, viene considerato trasgredito nei soli casi in cui tra i fon-

<sup>12</sup> Cfr., *ex multis*, CdS, IV, 19.12.1987, n. 795; Id., V, 11.4.1991, n. 530. Di recente CdS, V, 30.10.2003, n. 6734; TAR Campania, Na, VIII, 15.5.2008, n. 4549; TAR Sicilia, Ct, I, 12.10.2010, n. 4113.

di sussistano una o più aree aventi destinazioni urbanistiche incompatibili con l'edificazione.

La contiguità dei fondi, pertanto, non deve intendersi nel senso della adiacenza, ossia della continuità fisica tra tutte le particelle catastali interessate, bensì come effettiva e significativa vicinanza tra i fondi asserviti per raggiungere la cubatura<sup>13</sup>.

Ne consegue che si considera ammissibile la cessione di cubatura tra aree che seppur non territorialmente contigue risultino almeno significativamente vicine, non potendosi accomunare sotto un regime urbanistico unitario aree ricadenti in zone urbanistiche non omogenee<sup>14</sup>.

La cessione di cubatura, infatti, deve essere intesa quale strumento volto alla migliore razionalizzazione dello sfruttamento edilizio, e non come espediente per incrementare la possibilità di realizzazione di volumi edilizi aggirando i relativi limiti<sup>15</sup>.

A seguito di una cessione di cubatura, il sistema edificatorio di zona, sotto il profilo del volume complessivo, deve, pertanto, rimanere integro, dal momento che, se il lotto di terreno "ricevente" è sempre destinato a superare il volume ordinariamente in esso consentito, il lotto "alienante" perde la corrispondente capacità edificatoria. Per tale ragione, l'istituto non può trovare applicazione nei casi in cui per i singoli lotti sia prescritto il rispetto di una superficie minima<sup>16</sup>.

Il fenomeno della cessione di cubatura non importa affatto un'estensione della superficie del fondo, che rimane circoscritto nelle sue dimensioni originali, ma una concentrazione, in un unico lotto, di quanto costruibile nei lotti vicini, sempre nel rispetto della cubatura, limitata non più dagli indici di zona riferiti al lotto, ma dagli altri indici (di copertura ed altezza), invece, non modificabili quale effetto dell'acquisto di cubatura, che, relazionati tra

loro, conferiscono il massimo assentibile<sup>17</sup>.

L'istituto della cessione di cubatura poggia, infatti, sulla concreta indifferenza per l'amministrazione comunale della materiale ubicazione degli edifici, appuntandosi l'interesse di quest'ultima sulla verifica del rispetto del rapporto tra superficie edificabile e volumi realizzabili nell'intera area di riferimento, ossia dell'indice di fabbricabilità<sup>18</sup>.

L'area dalla quale la cubatura è stata sottratta diviene, per quella parte di cubatura alienata, inedificabile.

Con la cessione di cubatura, quindi, il proprietario alienante assume l'obbligo di non edificare un determinato volume, che può coincidere con la totale disponibilità del terreno o con una sola parte di essa, restando, in quest'ultimo caso, disponibile per il proprietario del terreno asservito la parte non trasferita.

L'area asservita ad altra, pertanto, non perde per intero la propria capacità edificatoria ma solo per la parte occorrente al lotto adiacente in relazione agli indici di densità edilizia<sup>19</sup>.

L'asservimento di un lotto e la conseguente in edificabilità, divengono qualità oggettiva dello stesso, che, da un lato, si trasferiscono assieme alla proprietà immobiliare alla quale si riferiscono, risultando opponibili anche nei confronti dei soggetti terzi<sup>20</sup>, e, dall'altro lato, realizzano una specie particolare di relazione pertinenziale<sup>21</sup>, che non comporta un divieto assoluto di edificazione, pur costituendo un vincolo che rimane cristallizzato nel tempo.

Tale limite, tuttavia, secondo la recente giurisprudenza, non può essere imposto anche

<sup>17</sup> In tal senso TAR Sicilia, Ct, I, 14 7.2010, n. 3034, cit.

<sup>18</sup> In tali termini, CdS, IV, 4.5. 2006, n. 2488.

<sup>19</sup> Cfr., *ex multis*, CdS, V, 16.3.1995, n. 413.

<sup>20</sup> In tale contesto, l'inedificabilità risulta opponibile anche nei confronti dei terzi, sebbene la sua sussistenza non sia evincibile secondo il sistema della trascrizione immobiliare, non richiesta per la cessione in sé (fermo restando che, laddove necessaria per il negozio in seno al quale la cessione è pattuita, anche la relativa cessione risulterà dalla trascrizione). Tuttavia, l'esistenza dell'asservimento deve risultare dal certificato di destinazione urbanistica dell'area, *ex art. art. 30, co.2, d.P.R. n. 380/2001*. In argomento cfr. Tar Sicilia, Ct, I, 12.10.2010, n. 4113

<sup>21</sup> CdS, Ad. Plen., 23.04.2009, n. 3.

<sup>13</sup> Cfr., *ex multis*, CdS, V, 19.3.1991, 291; Id., V, 4.01.1993, n. 26; Id., V, 30.4.1994, n. 193. Di recente Cons. Stato, V, 30.10.2003, n. 6734, cit.

<sup>14</sup> TAR Campania, Na, VIII, 15.05.2008, n. 4549

<sup>15</sup> TAR Sicilia, Ct, I, 14 .07.2010, n. 3034

<sup>16</sup> CdS, V, 10.3.2003, 1278.

al pianificatore generale, che resta libero di dettare una nuova disciplina sulla volumetria e sulla capacità edificatoria<sup>22</sup>. L'asservimento di un terreno per realizzare una costruzione non rende, pertanto, lo stesso definitivamente inedificabile anche per il futuro, rappresentando la destinazione ed utilizzazione delle aree un dato dinamico ed evolutivo. Nel tempo, infatti, possono mutare l'indice fondiario e la stessa previsione di lotti minimi.

Ne consegue che la potenzialità edificatoria di un terreno deve essere necessariamente valutata ed esaminata alla stregua della modificazione della pianificazione urbanistica e della normativa sopravvenuta<sup>23</sup>.

Ciò comporta che, in caso di riconoscimento da parte degli strumenti urbanistici di un'ulteriore ed aggiuntiva capacità edificatoria di un fondo, come nei casi in cui essa risulti acquisibile mediante un ulteriore atto di asservimento, questa potrà essere utilizzata e non condizionata dal negozio di cessione della cubatura precedentemente intervenuto<sup>24</sup>.

Ulteriore aspetto dell'istituto della cessione di cubatura che ha interessato le interpretazioni giurisprudenziali e gli studi dottrinali è quello attinente alla sua natura giuridica, data l'inevitabile commistione tra atti privati e provvedimenti amministrativi. Le principali teorie formulate possono ricondursi a quelle che identificano l'istituto come particolare forma di servitù, come negozio ad effetti meramente obbligatori o come particolare variante del diritto di superficie.

In sintesi, per quanto concerne la configurazione della cessione di cubatura come servitù, si parla di servitù tipica concepita come *non aedificandi*, nel caso di cessione totale, e come *altius non tollendi*, nelle ipotesi, invece, di cessione parziale. In entrambe le ipotesi, si considera necessario, ai fini della realizzazione dell'effettivo incremento edificatorio del fondo, sempre un provvedimento dell'ente

<sup>22</sup> Cfr. CdS, IV, 4.5.2006, n.2488; Id., 29.7. 2008, n. 3766; TAR Trentino Alto Adige, Bz, 22.8. 2007, n. 286; TAR Valle d'Aosta Aosta, I, 15.2.2008, n. 16; TAR Lombardia, Bs, I, 14.5.2010, n. 1736.

<sup>23</sup> cfr. TAR Abruzzo, Pe, 26.7.2006, n. 399; TAR Lazio, 10.9.2010, n. 32217.

<sup>24</sup> In tal senso D. LAVERMICOCCA, *La cessione di cubatura e l'asservimento di area tra presente e futura applicazione*, in *Urb. App.*, 2006, 946.

locale, che abilitando alla costruzione, esprime il suo implicito consenso al relativo trasferimento di volumetria<sup>25</sup>.

L'inquadramento della cessione di cubatura nell'ambito dei negozi con effetti meramente obbligatori, invece, negando effetti reali all'accordo tra i soggetti privati assegna ruolo fondamentale al provvedimento abilitativo alla costruzione emanato dall'amministrazione comunale, al quale viene attribuita valenza costitutiva anche in ragione delle modifiche in tal modo apportate al piano regolatore in vigore<sup>26</sup>.

In altra prospettiva si pongono coloro i quali ritengono che la cessione di volumetria possa essere configurata come particolare variante del diritto di superficie. Nella specie, si tratterebbe di un diritto di superficie di natura atipica, avente ad oggetto il diritto di costruire non sul fondo del concedente ma su quello del superficiario. In questo caso, a differenza dell'istituto tipico della superficie, oggetto del diritto non è fare e mantenere una costruzione sul fondo altrui, ma edificare sul fondo proprio<sup>27</sup>.

In tali termini, tuttavia, si configurerebbe una tipologia di diritto reale atipico che si scontra con il principio della tipicità sussistente nel nostro ordinamento giuridico.

<sup>25</sup> Nella specie, il provvedimento amministrativo abilitante all'edificazioni viene qualificato come *condicio iuris* oppure come una presupposizione. In argomento, cfr. PICCO, *Natura ed efficacia dei vincoli volumetrici conseguenti a piani regolatori o regolamenti urbanistici - Il trasferimento di cubatura*, Relazione al XV° Congresso Nazionale del Notariato, Verona, 1966; PICCO-MAROCCO, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, in *Riv. not.*, 1974; DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura di area e "numero chiuso" dei diritti reali*, in *Riv. Not.*, 1974, 547; MARÈ, *Natura e funzione dell'atto d'obbligo nell'ambito del procedimento di imposizione di vincoli di destinazione urbanistica*, in *Riv. not.*, 1990; GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, 1078; GERBO, *La cessione di volumetria*, in *Il notaio*, 1998; LIBERTINI, *I "trasferimenti di cubatura"*, in *Contr.commercio, industria mercato finanziario*, Trattato diretto da F. GALGANO, Torino, 1995.

<sup>26</sup> In argomento, CECCHERINI, *Il c.d. "trasferimento di cubatura"*, Milano, 1985; GAZZONI, *La c.d. cessione di cubatura*, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1991, art. 2643-2645.

<sup>27</sup> Cfr. IANNELLI, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giur. merito*, 1977.

Una recente ed originale qualificazione della cessione di cubatura è quella che riconduce l'istituto alla categoria degli accordi tra i privati e pubblica amministrazione *ex art.* 11 l. n. 241 del 1990 e, nella specie, a quella degli accordi endoprocedimentali o integrativi di provvedimento amministrativo<sup>28</sup>.

Sgombrato il campo dalla possibile preclusione dettata dall'art. 13 della stessa legge<sup>29</sup> e a condizione che l'accordo costituisca parte integrante dell'iter procedimentale, tale ricostruzione considera pacifica la qualificazione della cessione di cubatura quale accordo endoprocedimentale, nei casi in cui le norme urbanistiche prevedano semplicemente uno standard medio di edificabilità rispetto ad una determinata zona. Tale configurabilità viene, invece, esclusa in presenza, viceversa, di norme contenenti limitazioni tali da far sì che la cessione di cubatura possa determinare una variante rispetto al piano<sup>30</sup>.

A prescindere dalla tesi ritenuta più convincente e giuridicamente più corretta, nella cessione di cubatura emerge quale elemento incontestabile il ruolo fondamentale svolto dalla pubblica amministrazione.

L'istituto può, infatti, realizzarsi esclusivamente mediante l'instaurazione di due relazioni giuridiche, la prima di natura privatistica e intercorrente tra i due proprietari dei fondi e la seconda, di natura necessariamente pubblicistica, che si traduce nell'emanazione del provvedimento abilitativo all'edificazione. Entrambe le fasi, e quindi i rapporti, si configurano come indispensabili per la realizzazione dell'effetto concreto della cessione di volumetria. Assunto come presupposto necessario, per l'aumento di cubatura, l'accordo tra le parti o comunque l'atto d'impegno del titolare del fondo "alienante", l'effettivo asser-

vimento della volumetria si verifica esclusivamente con l'emanazione, da parte dell'amministrazione comunale, della concessione edilizia, oggi permesso di costruire. In tale contesto, l'intervento pubblicistico assume natura costitutiva, dal momento che il vincolo di carattere reale, prefigurato nell'accordo privatistico, nasce e può produrre i suoi effetti soltanto a seguito dell'intervento della pubblica amministrazione, essendo quest'ultima esclusiva titolare della cura dell'interesse urbanistico.

Tale intervento assume la forma del titolo abilitativo all'edilizia, rilasciato dall'amministrazione comunale in ragione dell'avvenuta cessione di cubatura, presupposto legittimante la realizzazione della costruzione, altrimenti non consentita per insufficienza del rapporto tra area e volume alla stregua della normativa urbanistica<sup>31</sup>.

La possibilità di edificare con una cubatura superiore a quella consentita dalle dimensioni dell'area non deriva, pertanto, dal contratto privatistico ma dal provvedimento amministrativo<sup>32</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, il ruolo della pubblica amministrazione nell'ambito dell'istituto della cessione di cubatura può essere ricondotto all'istituto civilistico della "condizione", qualificabile come risolutiva, qualora si ritenga che il mancato rilascio del titolo edilizio faccia venir meno gli effetti già prodotti dal contratto privatistico, come, invece, sospensiva, nei casi in cui si consideri impossibile la produzione degli effetti dell'accordo privatistico sino al rilascio del provvedimento stesso<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> F. CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata*, in AA. VV. (a cura di E. FERRARI), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, 249 ss.

<sup>29</sup> F. CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata*, cit., 264.

<sup>30</sup> F. CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata*, cit., 264.

<sup>31</sup> F. CANGELLI, *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata*, cit., 266.

<sup>32</sup> GRASSANO, *La cessione di cubatura*, cit., 1080.

<sup>33</sup> F. CANGELLI, *cit.*, 261.

## GIURISPRUDENZA

### - URBANISTICA -

della Dott.ssa Maria Rosaria Salerni

Corte Costituzionale 11.9.2010, n. 314

**Porti e aeroporti - opere pubbliche - norme della regione Toscana - riserva alla regione delle funzioni per la "valutazione dell'idoneità tecnica dei progetti relativi alle opere realizzate nei porti di interesse regionale ivi compresi i progetti relativi alle opere di grande infrastrutturazione portuale" - lamentata attribuzione della attività valutativa esclusivamente agli uffici regionali, laddove le norme statali affermano l'obbligatorietà del parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici in materia di "Piani regolatori portuali" e realizzazione delle relative opere - mancato rispetto di principio fondamentale in materia di porti e aeroporti civili; previsione che la struttura regionale competente debba esprimere parere obbligatorio e vincolante sull'idoneità tecnica delle previsioni contenute nel piano regolatore portuale, entro sessanta giorni dalla trasmissione del piano.**

*Sulla base degli artt. 4 e 5 della l. n. 84 del 1994, il piano regolatore portuale, adottato nei modi di legge, era inviato per il parere obbligatorio al Consiglio superiore dei lavori pubblici, che si esprimeva entro quarantacinque giorni dal ricevimento dell'atto, intendendosi tale parere reso in senso favorevole dopo l'inutile decorso del predetto termine. A seguito del mutamento del quadro normativo per effetto delle ricordate disposizioni di cui agli artt. 104 e 105 del d.lgs. n. 112 del 1998 e 127 del d. lgs. n. 163 del 2006, la richiesta obbligatoria del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici è esclusa solo con riguardo ai progetti definitivi di opere portuali di competenza regionale che non siano finanziati per almeno il cinquanta per cento dallo Stato, o che siano di importo non superiore a venticinque milioni di euro.*

*Viceversa il mantenimento del parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici per le altre ipotesi costituisce principio fonda-*

*mentale della materia «porti e aeroporti civili», e pertanto le norme impugnate - le quali invece escludono in ogni caso la richiesta di questo parere - sono costituzionalmente illegittime per contrasto con tale principio fondamentale e, quindi, con l'art. 117, terzo comma, cost.. Ne consegue che deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 9 e 10 della legge della regione Toscana n. 66 del 2009, nella parte in cui escludono la richiesta obbligatoria del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici con riguardo ai progetti definitivi di opere portuali di competenza regionale, che siano finanziati per almeno il cinquanta per cento dallo Stato e che siano di importo superiore a venticinque milioni di euro.*

Cass., Sez. III, 11.11.2010 n. 39768

#### **Urbanistica - procedimento di esecuzione.**

*Una volta che il giudice abbia accertato che gli abusi furono eseguiti in area soggetta a vincolo e che non si è in presenza di opere condonabili e una volta che il giudice abbia ritenuto non attuale la possibilità di prossimo provvedimento di sanatoria, non sussistono i presupposti perché l'ordine di demolizione venga sospeso o revocato.*

Cass. Sez. III, 11.11.2010, n. 39767

#### **Urbanistica - procedimento di esecuzione e sanatoria.**

*Non c'è dubbio che l'ordine di demolizione o di riduzione in pristino debba intendersi emesso allo stato degli atti, tanto che anche il giudice dell'esecuzione deve verificare il permanere della compatibilità degli ordini in questione con atti amministrativi. E' altrettanto indubitabile, però, che il rilascio del permesso in sanatoria non determini automaticamente la revoca dell'ordine di demolizione o di riduzione in pristino, dovendo il giudice, comunque, accertare la legittimità sostanziale del titolo sotto il profi-*

lo della sua conformità alla legge ed eventualmente disapplicarlo ove siano insussistenti i presupposti per la sua emanazione. A maggior ragione, in caso di mera presentazione di un'istanza di condono o di ricorso alla giurisdizione amministrativa, il G.E. deve accertare che, secondo una ragionevole previsione, l'istanza o il ricorso possano essere accolti in tempi brevi.

Cass. Sez. III, 4.11.2010, n. 39186

**Urbanistica - realizzazione strada su preesistente sentiero.**

*Per la costruzione o l'allargamento o la modificazione di una strada, anche qualora l'allargamento o la modificazione avvengano su una precedente pista o strada, è necessario il permesso di costruire, trattandosi di una trasformazione edilizia del territorio.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 29.12.2010, n. 9537  
**Piani di recupero - ex artt. 27 e ss. della l. n. 457 del 1978 - natura giuridica - piani attuativi - rispetto previsioni P.R.G. - necessità - sussiste.**

*I piani di recupero del patrimonio edilizio esistente ex artt. 27 - 30 e 34 l. n. 457/1978 sono strumenti di pianificazione urbanistica di secondo livello, aventi carattere esecutivo e finalità attuative in ordine alla trasformazione edilizia e urbanistica. Ne consegue che essi sono, da un lato, vincolati al rispetto delle previsioni del PRG, collocandosi, rispetto ad esso, a livello gerarchicamente subordinato, e, dall'altro lato, privi di natura meramente programmatica per i proprietari e per il comune ai quali si riferiscono.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 11.11.2010, n. 8023  
**Opere pubbliche - localizzazione - costituisce esercizio di discrezionalità - ragioni.**

**PRG - destinazione area a sedime centrale elettrica ENEL - difetto di apposita istruttoria - illegittimità - fattispecie.**

*Nella localizzazione di opere pubbliche, la PA, nel rispetto di regole tecniche complesse, deve operare le sue scelte con discrezionalità amministrativa, coinvolgendo la comparazione e ponderazione dell'interesse pubblico fondamentale con gli altri interessi, pubblici o privati, in gioco. Tale scelta è sottoponibile al vaglio*

*del giudice amministrativo, al fine di un adeguato controllo esterno ed imparziale in un settore tanto delicato per la compresenza di rilevanti interessi economici, ambientali, sanitari, dominicali, imprenditoriali, ecc., nel pieno rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, come di difesa contro gli atti della PA (artt. 97 e 113 Cost.).*

*E' illegittima la previsione di un P.R.G. destinante un'area privata a sede di centrale elettrica ENEL, in assenza di prescrizione di apposita preventiva istruttoria adeguata, tendente a dimostrare l'idoneità del sito dal punto di vista sismico e geologico e comunque nel caso il cui la localizzazione stessa risulti contraddittoria ed illogica.*

TAR Campania, Na, Sez.VI, 16.12.2010, n. 27558

**Realizzazione di un sottotetto con funzione di camera d'aria - modifica sostanziale di prospetti e volumetria - disciplina - intervento soggetto a D.I.A. - inammissibilità - intervento soggetto a permesso di costruire - sussiste. Edilizia ed urbanistica - provvedimenti di demolizione - motivazione - carenza del titolo abilitativo - sufficienza.**

*La realizzazione di una tettoia e chiusura della stessa, qualora comporti la sostanziale modifica di prospetti e di volumetrie con la creazione di nuovi volumi edilizi, è intervento soggetto a permesso di costruire e non a denuncia di inizio attività, esulando dagli interventi di cui all'art. 22 co. 2 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380.*

*In tema di abuso edilizio, i provvedimenti che ordinano la demolizione di opere edilizie abusive sono sufficientemente motivati se contengono l'affermazione dell'esecuzione delle opere in carenza del titolo abilitativo richiesto dalla legge.*

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 16.12.2010, n. 27527

**Edilizia ed urbanistica - abusi edilizi - rilascio del titolo edilizio - ricognizioni giuridico-documentali sul titolo di proprietà del richiedente - necessità - esclusione - esibizione del titolo legittimante - sufficienza.**

*In sede di rilascio del titolo edilizio, l'amministrazione non è tenuta a svolgere complesse ricognizioni giuridico - documentali sul*

titolo di proprietà del richiedente, ovvero a risolvere controversie circa i diritti reali vantati da terzi sull'immobile, essendo sufficiente l'esibizione di un titolo che formalmente abilita al rilascio dell'autorizzazione e facendo ovviamente salvi i diritti dei terzi.

TAR Lazio, Rm, SEZ. II, ord. 9.12. 2010, n. 5273

**Edilizia residenziale pubblica - occupazione abusiva - ordine di rilascio - mancata previa pronuncia sull'istanza di regolarizzazione - illegittimità.**

*Va sospeso l'ordine di rilascio per occupazione abusiva di alloggio di Edilizia Residenziale Pubblica, qualora il ricorrente abbia presentato richiesta di voltura del contratto illo tempore stipulato dal familiare, sul quale la PA non si è ancora pronunciato. Infatti l'amministrazione non può adottare provvedimenti sanzionatori (o comunque pregiudizievoli) a carico del cittadino se prima non si sia pronunciata sulla richiesta di quest'ultimo volta a sanare o a regolarizzare la sua posizione.*

TAR Toscana, FI, SEZ. III, 26.11.2010, n. 6645

**Edilizia ed urbanistica - abusi edilizi e condono - partecipazione al procedimento - art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 - finalità - contraddittorio rinforzato - necessità - diniego di sanatoria - mancata risposta alle controdeduzioni depositate nei termini dal privato - illegittimità.**

**Edilizia ed urbanistica - abusi edilizi e condono - istanza di sanatoria - rigetto - emissione di nuovo provvedimento sanzionatorio - necessità.**

*La partecipazione al procedimento - ivi compresa la norma di cui all'art. 10-bis, l. n. 241 del 1990 - è tesa a realizzare una sorta di collaborazione tra privato e p.a., prima di tutto al fine di una migliore e completa formazione della decisione pubblica e, non di meno, per far sì che il soggetto possa esporre eventuali elementi a sostegno dell'interesse pretensivo fatto valere, nella fase ancora prodromica all'emanazione del provvedimento finale. Quindi, anche nell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, coesistono aspetti garantistici ed aspetti collaborativi. La comunicazione consente all'interessato, da una parte, di far presente il proprio punto di vista,*

*evidenziando interessi o circostanze la cui valutazione è stata omessa o sottostimata dalla p.a. e, dall'altra, di rimuovere i fattori ostativi all'accoglimento dell'istanza. In tal modo, l'istruttoria si completa e si profila una conclusione del procedimento più ponderata. Ciò si realizza mediante un contraddittorio rinforzato, teso ad accentuare il dialogo che si instaura tra privato e pubblica amministrazione. Orbene, nella specie in esame, a fronte delle molteplici argomentazioni svolte nelle osservazioni depositate da parte ricorrente nel rispetto del termine concesso con il provvedimento di diniego di sanatoria, l'Amministrazione non ha in alcun modo controdedotto, lasciando che permanesse una situazione di obiettiva incertezza in ordine alla consistenza e qualificazione degli abusi oggetto dell'impugnato provvedimento di diniego. Ne deriva l'illegittimità dello stesso.*

*A seguito del rigetto di una istanza di sanatoria (in specie accertamento di conformità), l'amministrazione deve emettere un nuovo provvedimento sanzionatorio.*

*Difatti nell'ipotesi in cui il comune adotti un provvedimento espresso di diniego, adeguatamente motivato in ordine all'effettivo contrasto delle opere con gli strumenti edilizi o urbanistici, il nuovo provvedimento sanzionatorio attuativo del disposto diniego non è meramente ripetitivo del precedente poiché l'abuso non è perseguito solo per ragioni di carattere formale (cioè perché le opere sono state eseguite senza titolo ovvero in difformità, più o meno accentuata, da esso) ma anche per ragioni di carattere sostanziale (cioè per il predetto contrasto con la disciplina edilizia o urbanistica accertato in sede di esame della domanda di sanatoria). È quindi illegittima la disposta reviviscenza dell'efficacia delle statuizioni di demolizione e rimessa in pristino a suo tempo assunte.*

TAR Puglia, Le, Sez, 24.11.2010, n. 2683

**Espropriazione per pubblica utilità - occupazione acquisitiva - art. 43, d. lgs. n. 327 del 2001 - Dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale - illecita utilizzazione di un bene immobile appartenente ad un privato per la realizzazione di un'opera pubblica - istituto della specificazione ex art. 940 c.c. - applicazione.**

*A seguito della declaratoria di illegittimità co-*

*stituzionale dell'art.43, d. lgs. 8.6.2001 n. 327, può trovare applicazione l'istituto disciplinato dall'art.940 c.c. in caso di illecita utilizzazione di un bene immobile appartenente ad un privato per la realizzazione di un'opera pubblica, in quanto l'acquisizione del suolo per effetto della specificazione concreta un giusto equilibrio fra l'interesse generale e le esigenze della protezione dei diritti fondamentali dei singoli, quale è la proprietà fondiaria.*

TAR Campania, Na, Sez.II, 5.11.2010, n. 23271

**Edilizia ed urbanistica - condono edilizio - istanza - diniego - nel caso in cui l'istanza stessa sia stata presentata da soggetto diver-**

**so dal proprietario e senza il consenso di quest'ultimo - legittimità.**

*Sebbene la titolarità di un diritto personale di godimento sull'immobile oggetto di opere edilizie abusive legittimi il conduttore a presentare domanda di condono edilizio, tuttavia, il rilascio della conseguente concessione in sanatoria presuppone il consenso, quantomeno implicito, del legittimo proprietario del bene interessato dalle opere. E' pertanto legittimo il provvedimento di rigetto di una istanza di condono edilizio motivato con riferimento al fatto che il richiedente la concessione, non essendo il proprietario dell'opera e non avendo ottenuto il consenso di quest'ultimo, è da ritenere carente di legittimazione.*

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Consiglio di Stato, Sez. V, 16.12.2010, n. 8948  
**Piano di recupero - art. 26 l. reg. FVG 18/1986 - oneri concessori - riduzione - condizioni.**

*Il riconoscimento del beneficio della riduzione degli oneri concessori ai sensi dell'art. 26, l. reg. Friuli Venezia Giulia 18/1986 deve intendersi limitato al solo caso in cui l'intervento progettato non sia un intervento di ristrutturazione edilizia ma risulti essere un intervento di ben più ampia portata e cioè rivolto a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso mediante un insieme sistematico di opere edilizie che determinano anche la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale. Deve, pertanto, trattarsi di un intervento di per se stesso complesso e di vaste proporzioni che come tale modifichi tutto il "tessuto" urbanistico ed edilizio della zona. Di conseguenza, è da escludere che il riconoscimento di tale beneficio possa intendersi correlato alla realizzazione di un semplice intervento di demolizione e costruzione di un singolo nuovo edificio il cui progetto, sia pure modellato alle caratteristiche tipiche della zona, non preveda altresì la realizzazione di ulteriori opere di urbanizzazione mirate alla sostituzione di tutto o di una rilevante parte del tessuto urbanistico della specifica zona da recuperare. Né può la finalità di recupero essere apprezzata nel contesto complessivo del piano di recupero, perché la speciale "ratio" della norma è quella di accordare tale eccezionale beneficio di riduzione degli oneri concessori non in favore di tutti gli interventi assentibili nell'ambito del piano di recupero ma solo in favore di quelli che in aggiunta agli interessi privati del costruttore, consentono di realizzare l'interesse pubblico al recupero urbanistico di un'intera zona.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.12.2010, n. 8730  
**Variante non essenziale - efficacia.**

*La variante non essenziale si innesta su un precedente titolo edilizio il cui venir meno determina la contestuale caducazione del successivo*

*titolo al primo correlato.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.11.2010 n. 8298  
**Ultimazione lavori - data - dimostrazione - onere - spettanza.**

*Spetta al privato dimostrare la data di ultimazione delle opere, ove la legge faccia discendere particolari conseguenze in ordine alla legge applicabile. Questo perché la PA non può di solito materialmente accertare quale fosse la situazione dell'intero suo territorio alla data prevista dalla legge, ciò che invece il privato è normalmente in grado di fare.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.11.2010 n. 7731  
**Distanze - dal confine - nuova costruzione - nozione.**

**Distanze minime - deroga - interventi edilizi diretti - possibilità - esclusione.**

**Distanze tra pareti finestrate - deroga - NTA - possibilità - esclusione.**

**Distanze tra pareti finestrate - computo - modalità.**

**Volumi tecnici - nozione.**

*Costituisce orientamento consolidato che, ai fini della osservanza delle norme sulle distanze dal confine, il terrapieno ed il muro di contenimento, che producono un dislivello o aumentano quello già esistente per la natura dei luoghi, costituiscono nuove costruzioni, idonee a incidere sulla osservanza delle norme in tema di distanze dal confine.*

*La deroga alle distanze minime di cui all'art. 9 d.m. 1444/1968 è consentita unicamente per i piani particolareggiati e per le lottizzazioni convenzionate, non anche per gli interventi edilizi diretti, consentiti dallo strumento urbanistico. Anzi, la disciplina imperativa delle distanze di cui all'art. 9, stante la natura di norma primaria, sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute nelle norme tecniche di attuazione ed è immediatamente applicabile ai rapporti privati, ove gli strumenti urbanistici prevedono distanze minori.*

*In forza dell'art. 9 d.m. 1444/1968 la distanza*

minima inderogabile di 10 metri tra le pareti finestrate e di edifici antistanti è cogente per tutti i Comuni, dovendosi essa ritenere automaticamente inserita nel prg al posto della norma illegittima. Essa va in particolare calcolata con riferimento ad ogni punto dei fabbricati e non alle sole parti che si fronteggiano e a tutte le pareti finestrate e non solo a quella principale, prescindendo anche dal fatto che esse siano o meno in posizione parallela.

Ai fini del computo delle distanze assumono rilievo tutti gli elementi costruttivi, anche accessori, qualunque ne sia la funzione, aventi i caratteri della solidità, della stabilità e della immobilizzazione, salvo che non si tratti di sporti e di aggetti di modeste dimensioni con funzione meramente decorativa e di rifinitura, tali da potersi definire di entità trascurabile rispetto all'interesse tutelato dalla norma riguardata nel suo triplice aspetto della sicurezza, della salubrità e dell'igiene. Gli sporti, cioè le sporgenze da non computare ai fini delle distanze perché non attinenti alle caratteristiche del corpo di fabbrica che racchiude il volume che si vuol distanziare, sono i manufatti come le mensole, le lesene, i risalti verticali delle parti con funzione decorativa, gli elementi in oggetto di ridotte dimensioni, le canalizzazioni di gronda e i loro sostegni, non invece le sporgenze, anche dei generi ora indicati, ma di particolari dimensioni, che siano quindi destinate anche ad estendere ed ampliare per l'intero fronte dell'edificio la parte utilizzabile per l'uso abitativo.

I volumi tecnici sono solo quelli destinati esclusivamente agli impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione e che non possono essere ubicati al suo interno. Pertanto non sono tali - e quindi sono computabili ai fini della volumetria consentita - le soffitte, gli stenditoi chiusi e quelli "di sgombero"; e non è volume tecnico il piano di copertura, impropriamente definito sottotetto, ma costituente, in realtà, una mansarda in quanto dotato di rilevante altezza media rispetto al piano di gronda.

TAR Veneto, Sez. II, 12.1.2011 n. 37

**PdC - presupposti - accesso al fondo - dimostrazione - necessità - non sussiste.**

Una volta accertata la conformità dell'intervento agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi, l'assumere a presupposto del diniego

un elemento estraneo a tale verifica, qual è la viabilità di accesso al lotto sul quale si chiede di costruire, esula dai poteri assegnati al Comune dalla legge in sede di rilascio di permesso di costruire, con conseguente illegittimità del relativo diniego (nella specie il diniego di PdC era basato sull'esistenza di controversia tra privati in ordine all'esistenza di un diritto di passaggio sul fondo intercluso).

TAR Campania, Na, Sez. IV, 27.12.2010, n. 28036

**Conglomerati cementizi - denuncia - denuncia - obbligo - circolare regionale contraria - irrilevanza.**

La prescrizione della denuncia dell'inizio dei lavori con conglomerato cementizio prevista dall'art. 1, l. 1086/1971 è giustificata dalla necessità di consentire all'ente preposto di venire a conoscenza di ogni attività costruttiva in cemento armato ritenuta rilevante secondo l'interpretazione giurisprudenziale degli art. 1 e 4, l. 1086/1971 e di effettuare i dovuti controlli al fine di escludere ogni pericolo per la pubblica e privata incolumità, non rilevando in proposito le eventuali circolari amministrative emanate in senso contrario dall'autorità regionale.

TAR Campania, Na, Sez. II, 23.12.2010, n. 28016

**Nuova costruzione - materiali utilizzati - irrilevanza.**

**Pertinenze - nozione.**

**Lotto intercluso - nozione - verifica - modalità.**

**Abusi - provvedimento repressivo - motivazione - obbligo - spessore.**

La nozione di costruzione, ai fini del rilascio del permesso di costruire, si configura in presenza di opere che attuino una trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, con perdurante modifica dello stato dei luoghi, a prescindere dal fatto che essa avvenga mediante realizzazione di opere murarie, essendo irrilevante che le opere siano state realizzate in metallo, in laminati di plastica, in legno o altro materiale, ove si sia in presenza di un'evidente trasformazione del tessuto urbanistico ed edilizio e le opere siano preordinate a soddisfare esigenze non precarie sotto il profilo funzionale (nella specie è stata ritenuta nuova costruzione una

struttura in ferro ampia mq. 92,50 circa ed alta ml. 3,20, per un volume complessivo di 296 mc, chiusa perimetralmente con vetri blindati).

La nozione edilizia di pertinenzialità ha connotati diversi da quelli civilistici: la res deve essere preordinata ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale, funzionalmente ed oggettivamente inserita al servizio dello stesso, sfornita di un autonomo valore di mercato, non valutabile in termini di cubatura o comunque dotata di un volume minimo tale da non consentire, in relazione anche alle caratteristiche dell'edificio principale, una sua destinazione autonoma e diversa da quella a servizio dell'immobile cui accede.

Secondo la costante giurisprudenza, ai fini del rilascio della concessione edilizia, nelle zone già urbanizzate è consentito derogare all'obbligo dello strumento attuativo (piano particolareggiato o piano di lottizzazione convenzionata), solo nell'ipotesi, del tutto eccezionale, che si sia già realizzata una situazione di fatto che da quegli strumenti consenta con sicurezza di prescindere, in quanto risultano oggettivamente non più necessari, essendo stato pienamente raggiunto il risultato (id est: l'adeguata dotazione di infrastrutture, primarie e secondarie previste dal piano regolatore) cui sono finalizzati. La verifica circa la sussistenza di opere di urbanizzazione, peraltro, non può essere limitata alle sole aree di contorno dell'edificio progettato, ma deve riguardare l'intero comprensorio che dagli strumenti attuativi dovrebbe essere pianificato. Ogni altra soluzione avrebbe evidentemente il torto di trasformare lo strumento attuativo in un atto sostanzialmente facoltativo, non più necessario ogniqualvolta, a causa di precedenti abusi edilizi sanati, di preesistenti edificazioni ovvero del rilascio di singole concessioni edilizie illegittime, il comprensorio abbia già subito una qualche urbanizzazione, anche se la stessa non soddisfa pienamente le indicazioni del piano regolatore.

Nello schema giuridico delineato dall'art. 31, d.P.R. 380/2001 non vi è spazio per apprezzamenti discrezionali, atteso che l'esercizio del potere repressivo di un abuso edilizio consistente nell'esecuzione di un'opera in assenza del titolo abilitativo costituisce atto dovuto, per il quale è "in re ipsa" l'interesse pubblico alla sua rimozione, non costituendo onere del co-

mune verificare la sanabilità delle opere in sede di vigilanza sull'attività edilizia. Ne discende che l'atto può ritenersi sufficientemente motivato per effetto della stessa descrizione dell'abuso accertato, presupposto giustificativo necessario e sufficiente a fondare la spedizione della misura sanzionatoria.

In altre parole il contenuto essenziale dell'ingiunzione di demolizione deve essere individuato in relazione alla funzione tipica del provvedimento, che è quella di prescrivere la rimozione delle opere abusive. Pertanto, ai fini della legittimità dell'atto è necessaria e sufficiente l'analitica indicazione delle opere abusivamente realizzate in modo da consentire al destinatario della sanzione di rimuoverle spontaneamente; l'indicazione dell'area di sedime, quindi, non deve essere necessariamente presente nell'ordinanza di demolizione ma può essere contenuta nel successivo atto dichiarativo dell'acquisizione).

TAR Campania, Na, Sez. II, 23.12.2010, n. 28013

#### **Volumetria - calcolo - modalità.**

Il calcolo della volumetria che può essere realizzata su un lotto edificabile deve essere effettuato tenendo conto della situazione determinata anche dalla parziale utilizzazione, da parte dell'originario proprietario, della volumetria globalmente disponibile e, quindi, eventualmente detraendo dalla cubatura richiesta quella già realizzata per il precedente edificio, a nulla rilevando che questo possa insistere su una parte del lotto catastalmente divisa.

D'altro canto, in subiecta materia, il vincolo d'asservimento si costituisce solo per effetto del rilascio del permesso di costruire, per cui, proprio perché recepito in un provvedimento amministrativo, è opponibile anche ai terzi acquirenti, fatti salvi i rimedi giurisdizionali e amministrativi azionabili nei confronti degli atti eventualmente illegittimi.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 17.12.2010, n. 4242

#### **Centri commerciali - titoli edilizi - reg. regione Puglia 7/09.**

Ai sensi dell'art. 20 Reg. regione Puglia n. 7/2009, nel caso di centri commerciali e aree commerciali integrate sono soggette ad autorizzazione le trasformazioni che, senza modifi-

care la superficie complessiva, comportino un cambiamento di almeno il 20% delle superfici di vendita delle diverse tipologie di esercizi rispetto all'autorizzazione. Negli altri casi è sufficiente la comunicazione al comune e alla regione, configurabile, al di là del tenore letterale, quale vera e propria D.I.A..

In particolare la trasformazione del centro commerciale o area commerciale che, pur senza modificare la superficie complessiva, comporti un cambiamento inferiore al 20% delle superfici di vendita delle diverse tipologie di esercizi rispetto all'autorizzazione, necessita di semplice comunicazione al comune ed alla regione. Viceversa, in base al tenore letterale ed alla collocazione sistematica del terzo inciso del co. 5, la trasformazione del centro commerciale o area commerciale che, pur senza modificare la superficie complessiva, comporti un cambiamento inferiore al 20% delle superfici di vendita delle diverse tipologie di esercizi rispetto all'autorizzazione, e tuttavia riguardi - come accaduto nel caso di specie - l'ampliamento della grande struttura necessita di autorizzazione espressa.

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 16.12.2010 n. 27527

**PdC - rilascio - competenza - Sindaco - condizioni.**

**PdC - legittimazione - verifiche - obbligo - consistenza.**

Anche ai fini del rilascio del permesso di costruire, in mancanza di figure dirigenziali, le competenze gestionali restano nella titolarità del Sindaco.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, in sede di rilascio del titolo edilizio, l'amministrazione non è tenuta a svolgere complesse ricognizioni giuridico - documentali sul titolo di proprietà del richiedente, ovvero a risolvere controversie circa i diritti reali vantati da terzi sull'immobile, essendo sufficiente l'esibizione di un titolo che formalmente abiliti al rilascio dell'autorizzazione e facendo ovviamente salvi i diritti dei terzi.

TAR Campania, Na, Sez. II, 6.12.2010, n. 26817

**PdC - legittimazione - verifiche - obbligo -**

**consistenza.**

Nel procedimento di rilascio dei titoli edilizi l'amministrazione ha il potere ed il dovere di verificare l'esistenza, in capo al richiedente, di un idoneo titolo di godimento sull'immobile, interessato dal progetto di trasformazione urbanistica, trattandosi di un'attività istruttoria che non è diretta, in via principale, a risolvere i conflitti di interesse tra le parti private in ordine all'assetto proprietario degli immobili interessati, ma che risulta finalizzata, più semplicemente, ad accertare il requisito della legittimazione del richiedente. Pertanto, in caso di opere che vadano ad incidere sul diritto di altri comproprietari, è legittimo esigere il consenso degli stessi (che può essere manifestato anche per fatti concludenti) e, a maggior ragione, qualora vi sia un conclamato dissidio fra i comproprietari in ordine all'intervento progettato, la scelta dell'amministrazione di assentire comunque le opere (in base al mero riscontro della conformità agli strumenti urbanistici) evidenzia un grave difetto istruttorio e motivazionale, perché non dà conto dell'effettiva corrispondenza tra l'istanza edificatoria e la titolarità del prescritto diritto di godimento.

TAR Umbria, Sez. I, 18.11.2010, n. 512

**Certificato di agibilità - richiesta - legittimazione - detentore qualificato - sussiste - promittente acquirente - sussiste.**

L'art. 24, co. 3, T.U. ed., nel disporre che «l'intestatario del titolo abilitativo, o i suoi successori o aventi causa, sono tenuti a comunicare al comune l'avvenuta ultimazione dei lavori e a chiedere il rilascio del certificato di agibilità», non equivale ad escludere che anche altri soggetti possano richiedere detto certificato. Detta norma, invero, nell'imporre un obbligo in capo ad alcuni, non esclude la legittimazione di altri (ulteriori) soggetti a chiedere il certificato di agibilità. Del resto quest'ultimo, a differenza del titolo edilizio, che amplia la sfera giuridica dell'intestatario, che deve dunque essere ben determinato se non altro in ragione del rapporto di esclusività che si crea con il bene oggetto del provvedimento abilitativo, si limita ad attestare una situazione oggettiva (ed in particolare la corrispondenza dell'opera realizzata al progetto assentito, dal punto di vista dimensionale, della destinazione d'uso e delle

eventuali prescrizioni contenute nel titolo, nonché attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità degli edifici, di risparmio energetico e di sicurezza degli impianti negli stessi installati, alla stregua della normativa vigente).

Ciò significa che deve essere rilasciato a chiunque abbia un interesse giuridicamente apprezzabile ad utilizzare l'edificio al quale si riferisce (detentore qualificato, promittente acquirente).

TAR Lombardia, Bs, I, 17.11. 2010, n. 4640

**Ristrutturazione edilizia - piano di campagna - modificazione - illegittimità - disciplina urbanistica - irrilevanza.**

Quand'anche lo strumento urbanistico consentisse slittamenti verso l'alto del piano di campagna, la norma di piano non sarebbe applicabile ad interventi di demolizione e ricostruzione che, a prescindere dalle specifiche disposizioni di piano, hanno - per loro natura - un vincolo coesenziale costituito dal rispetto dell'ingombro planivolumetrico dell'edificio precedente che sostituiscono.

Tar Lombardia, Bs, 17.11.2010, n. 4638

**Berceau - definizione.**

Il berceau è definibile come un'opera edilizia consistente in un pergolato (solitamente in legno) coperto da piante rampicanti.

L'aspetto caratteristico risiede nella mancanza di pareti e di una copertura impermeabile, in quanto si tratta di una struttura leggera nella quale deve essere garantito un rapporto di continuità con lo spazio esterno. Il filtro rispetto agli agenti atmosferici è costituito dalle foglie e dalle travi che forniscono appoggio ai rampicanti. È evidente che la maggiore o minore concentrazione di travi di sostegno e la maggiore o minore distanza tra le stesse sono fattori decisivi per stabilire se l'opera appartiene alla tipologia del berceau o ad altre categorie edilizie, come ad esempio i portici.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 9.11.2010, n. 2630

**Lotto intercluso - definizione.**

Il principio secondo cui va esclusa la necessità di strumenti attuativi per il rilascio di concessioni in zone già urbanizzate nei casi nei quali la situazione di fatto, in presenza di una presoché completa edificazione della zona, sia addirittura incompatibile con un piano attuativo come nella circostanza del lotto residuale ed intercluso in area compiutamente urbanizzata non trova applicazione nelle ipotesi in cui, per effetto di una edificazione disomogenea, ci si trovi di fronte ad una situazione che assai più di altre esige un piano attuativo idoneo a restituire efficienza all'abitato, riordinando e talora addirittura definendo ex novo un disegno urbanistico di completamento della zona. Analogamente è a dirsi quando, tenuto conto "della situazione esistente e non delle opere solo programmate", debba essere completato il sistema della viabilità secondaria nella zona; ovvero quando debba essere integrata l'urbanizzazione esistente garantendo il rispetto dei prescritti standards minimi per spazi e servizi pubblici e le condizioni per l'armonico collegamento con le zone contigue già asservite all'edificazione.

TAR Lazio, Sez. II, 2.11.2010 n. 33106

**Zona agricola - edificazione - richiedente - qualifica soggettiva - irrilevanza.**

Contrasta con i principi in materia urbanistica un atto che a prescindere dal tipo di opera realizzanda e dalla verifica di compatibilità con le previsioni di piano si fonda sulla qualità personale del richiedente. In particolare, ai fini del rilascio del permesso di costruire in zona agricola, l'elemento soggettivo relativo alla qualifica del richiedente (agricoltore o imprenditore agricolo) è del tutto irrilevante se il soggetto non intende avvalersi dell'esonero del pagamento degli oneri per costruire. Elemento oggettivo indispensabile è invece la titolarità della proprietà o l'esistenza di altro titolo idoneo di disponibilità del bene, oltre naturalmente alla compatibilità con gli strumenti urbanistici.

**- ABUSI EDILIZI -**

Consiglio di Stato, Sez. V, 7.12.2010, n. 8620  
**Condono - mutamento destinazione d'uso - onerosità - sussiste.**

*In caso di cambio dell'uso è dovuto il congelamento del contributo concessorio, evidentemente allo scopo di evitare che, quando la nuova tipologia assegnata all'immobile avrebbe comportato all'origine un più oneroso regime contributivo urbanistico, attraverso la modifica della destinazione il contributo possa essere evaso in tutto o in parte a vantaggio del richiedente e, di contro, con l'aggravio urbanistico già valutato in sede di fissazione di quel regime contributivo. Ciò a maggior ragione quando si tratti di condono edilizio in quanto la nuova destinazione non si inserisca nell'ambito di quelle astrattamente possibili nella zona interessata e si traduca, quindi, in un'alterazione degli equilibri prefigurati dalla regolamentazione urbanistica della zona stessa.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, ord. 6.11.2010 n. 5046

**Accertamento di conformità - doppia conformità - necessità - sussiste.**

**Distanze - disciplina urbanistica - cogenza - sussiste - provvedimento interdittivo - motivazione - spessore.**

*In sede di accertamento di conformità ex art. 36, d.P.R. 380/2001, non può essere accolta l'istanza di sanatoria di manufatti non confor-*

*mi alla disciplina vigente al momento della loro realizzazione, quand'anche gli stessi ben potrebbero essere realizzati sulla base della disciplina urbanistica vigente al momento della pronuncia sull'istanza medesima, tanto comportando il sostanziale ripudio dell'esigenza della doppia conformità espressamente prevista dall'art. 36 sopra citato.*

*In tema di distanze nelle costruzioni, qualora gli strumenti urbanistici stabiliscano determinate distanze dal confine e nulla aggiungano sulla possibilità di costruire « in aderenza » od « in appoggio », la preclusione di dette facoltà non consente l'operatività del principio della prevenzione.*

*La sanzione (demolitoria o pecuniaria) è legata all'abusività dell'opera e non necessita di un'ulteriore motivazione in ordine all'interesse pubblico ad essa sotteso.*

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 8.11.2010, n. 7206

**Immobile abusivo - ristrutturazione edilizia - demolizione - legittimità.**

*Costituisce un principio pacifico in giurisprudenza che non possano svolgersi opere di ristrutturazione o di manutenzione straordinaria su un manufatto abusivo e mai oggetto di sanatoria edilizia e che tale ulteriore attività costruttiva non possa spiegare alcun effetto preclusivo sulla potestà di reprimere l'opera abusiva nella sua interezza.*

«.....GA.....»

- PAESAGGIO -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.1.2011 n. 50

**N.o. - annullamento - legittimità - condizioni.**

*Il potere di annullamento della autorizzazione paesaggistica da parte della Soprintendenza statale non comporta un riesame complessivo delle valutazioni discrezionali compiute dalla Regione e da un ente sub-delegato, tale da consentire la sovrapposizione o sostituzione di una propria valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio dell'autorizzazione, ma si estrinseca in un controllo di mera legittimità che si estende a tutte le ipotesi riconducibili all'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione (nella specie è stato ritenuto legittimo l'annullamento per difetto di istruttoria, dato dalla mancanza, negli elaborati trasmessi dal Comune, della documentazione sulla situazione antecedente l'intervento da eseguire).*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.1.2011 n. 43

**N.o. - annullamento - termine - vicende giuridiche.**

*Il termine di 60 gg. assegnato alla Soprintendenza per l'annullamento del n.o. paesaggistico è perentorio e decorre dalla ricezione, da parte della Soprintendenza, dell'autorizzazione rilasciata e della documentazione tecnico-amministrativa, sulla cui base l'autorizzazione è stata adottata.*

*Peraltro la Soprintendenza può richiedere gli atti mancanti, nel caso che la detta documentazione sia incompleta, con la conseguenza che il termine decorre dalla ricezione della documentazione completa. Ovvero può richiedere integrazioni istruttorie (purché non si tratti di ingiustificati aggravamenti del procedimento dati da richieste pretestuose, dilatorie o tardive), nel qual caso per il computo del decorso del termine si applica quanto disposto dall'art. 6 bis d.m. 495/1994, richiamato dall'art. 159, co. 3, d. lgs. 42/2004, con la conseguenza che l'originario termine di sessanta giorni si prolunga di ulteriori trenta giorni.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 29.12.2010 n. 9578

**Situazione di compromissione - rilevanza - condizioni.**

*Fermo il principio giurisprudenziale secondo*

*cui la situazione di compromissione della bellezza naturale ad opera di preesistenti realizzazioni, anziché impedire, maggiormente richiede che nuove costruzioni non deturpino esteriormente l'ambito protetto, nondimeno, la prevenzione di siffatti ulteriori deturpamenti deve essere effettiva e non solo teorica. Ne discende che in ipotesi di sistematico degrado dei valori paesaggistici naturali originariamente tutelati mediante il vincolo, sedimentato per effetto di numerosissime costruzioni del medesimo tipo e tale da rendere il luogo radicalmente diverso, spetta all'amministrazione di valutare l'offensività effettiva dell'innovazione rispetto a quanto davvero persiste dei valori paesaggistici protetti. Un'innovazione che effettivamente sia idonea a ledere quanto rimane del pregio paesaggistico che presiede al vincolo è, ai fini della tutela, meritevole del diniego di legittimazione.*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.12.2010 n. 8934

**Stabilimenti balneari - autorizzazione paesaggistica - soprintendenza - poteri - estensione.**

*In ipotesi di realizzazione di strutture commerciali permanenti inserite nel piano spiaggia delle aree demaniale marittime del territorio comunale, aree vincolate ai fini paesaggistici e dichiarate patrimonio dell'umanità, ben può la soprintendenza promuovere la conclusione di un accordo volto a conseguire una più armonica articolazione complessiva degli interventi, al fine di migliorare la compatibilità ambientale delle autorizzazioni paesaggistiche, con conseguente potere di annullamento dell'autorizzazione comunale in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni così sollecitate, sotto il profilo della carenza di istruttoria e di motivazione. In tali ipotesi, invero, la soprintendenza non sostituisce un suo apprezzamento di merito alle determinazioni comunali, ma incide su caratteristiche estrinseche che, per essere apprezzate, non possono non procedere dall'effettiva considerazione delle caratteristiche delle opere e del progetto complessivo in relazione al concreto contesto ambientale, in tutti gli aspetti di fatto e di diritto suoi propri.*

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 22.11.2010, n. 7311

**Sanatoria - istanza - subordinata alla realizzazione di nuove opere - diniego - legittimità abusi - rimozione - indefettibilità.**

*L'art. 167, co. 4, d. lgs. 42/04 consente la sanatoria delle opere così come effettivamente realizzate e non delle opere quali sarebbero a seguito della esecuzione di un ulteriore intervento edilizio. Non può dunque ritenersi consentito il rilascio di un titolo in sanatoria subordinata alla realizzazione di ulteriori lavori: la necessità di un intervento edilizio palesa, invero, l'attuale non riconducibilità dell'opera alle ipotesi in cui è consentito il rilascio di un titolo in sanatoria. Del resto i titoli abilitativi in sanatoria sono provvedimenti tipici, che eliminano l'antigiuridicità dell'abuso, estinguendo il potere repressivo dell'amministrazione, con la conseguenza che il loro ambito di applicazione non può che essere specificamente disciplinato dalla normativa, non risultando consentito l'esercizio, da parte della p.a., di un potere di sanatoria che vada oltre i limiti imposti dal legislatore.*

*In ipotesi di opere abusive realizzate in area sottoposta a vincolo paesaggistico ed ambientale, trova applicazione la previsione di cui all'art. 167, co. 1, d. lgs. 42/2004, secondo cui "in caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal titolo I della parte terza, il trasgressore è sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese".*

TAR Lazio, Sez. II quater, 10.11.2010, n. 33365

*La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturale è affidata in primo luogo alla competenza esclusiva dello Stato, mentre è attribuita alla legislazione concorrente (art. 117, co.3 cost.) la "valorizzazione dei beni ambientali".*

*Il paesaggio non deve essere limitato al significato, meramente estetico, di bellezza naturale, ma deve essere inteso come complesso dei valori inerenti il territorio" (cfr. C. cost., 7.11.1994, n. 379) esso altro non è che la rappresentazione materiale e visibile della patria; Il termine "paesaggio", infatti, indica essenzialmente l'ambiente complessivamente considerato come bene "primario" ed "assoluto*

*(arg. ex C. cost., 5.5.2006, nn. 182, 183), ovvero come l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano "valore paesaggistico (C. Cost., 30.5.2008, n. 180), valore che precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali (cfr. n. 180 cit.).*

*Esso, attenendo ad un valore costituzionalmente protetto necessita di una tutela che non può che essere unitaria; e supporta anche competenze regionali, nell'ambito degli standard di tutela stabiliti dallo Stato (C. cost., 22.7.2004, n. 259).*

*La tutela ambientale deve essere considerata come una tutela "d'insieme", e non concerne solamente i singoli elementi che la compongono, in quanto attraverso l'imposizione dei vincoli paesistici, si salvaguarda la tutela del paesaggio, ed al contempo, anche l'ambiente (cfr. CdS, VI, 22.3.2005, n. 1186).*

*In questo quadro, ai sensi dell'art.138 co.3 del d.lgs. cit, la conservazione ambientale e paesaggistica spetta in via esclusiva allo Stato senza limiti d'intervento, dato che non si tratta di una potestà, né concorrente, né sussidiaria, e né suppletiva; mentre il governo, l'utilizzo e la valorizzazione dei beni ambientali, intesi essenzialmente come fruizione e sfruttamento del territorio medesimo sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle regioni ( C.cost, 30.5.2008, n. 180)*

*Il potere dello Stato di imporre vincoli ex art. 138 co.3 del d.lgs. è norma di chiusura del sistema e pone una garanzia di una tutela effettiva del paesaggio come valore costituzionale (C.cost. 24.7.1998 n.334) e degli intereressi diffusi dei cittadini*

*In tema di imposizione di vincoli paesaggistici non sono configurabili "limiti spaziali" in quanto il Codice vuole assicurare la conservazione del territorio nella massima misura compatibile con l'esigenza del mantenimento degli elementi costituenti l'essenza stessa del "richiamo identitario".*

*L'espressione "complesso di cose immobili" richiede la relativa contiguità o, per lo meno, la vicinanza delle aree interessate le quali, seppur differenziate al loro interno costituiscono, nel*

loro insieme inscindibile, un unico complesso paesaggistico.

Il carattere di autonomia e specialità del potere di cui all'art. 138 co. 3 implica in conseguenza che questo possa essere esercitato senza che il ministero sia vincolato dalla pianificazione locale e regionale

L'art. 2, co. 1, lett. f) del d. lgs. n.63/2008 -- nell'eliminare dalla norma l'espressione "...considerate come quadri..." -- ha proprio voluto elidere dall'ambito oggettivo di applicazione della norma il limite concernente la visione estetico-panoramica del bene. Pertanto in base alla nuova normativa, l'imposizione del vincolo non può più essere subordinata all'esistenza di punti di vista dai quali si possa godere della bellezza panoramica perché la legge tutela il paesaggio di per sé come valore autonomo, sintesi e somma del rilievo naturalistico, ambientale, archeologico, culturale ed umano, del territorio, mentre la finalità relativa all'arresto dell'indiscriminato consumo del territorio appare del tutto legittima sul piano degli interessi pubblici generali.

TAR Lazio, Sez. II q, 26.10.2010 n. 33021

**Vincoli - sopravvenienza - rilevanza.**

La sopravvenuta introduzione di vincoli, rispetto alla relativa domanda di sanatoria, non preclude in via assoluta ed automatica il condono,

ma impone che il potere ministeriale di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica consideri la prioritaria esigenza di valutare la compatibilità dello stesso con la previsione delle prescrizioni vincolistiche. Pertanto, se è legittimo il richiamo ai vincoli successivi alla realizzazione dell'abuso, nondimeno il controllo di mera legittimità deve valutare attentamente in concreto i profili di compatibilità paesaggistico - ambientale del manufatto oggetto di richiesta di autorizzazione in sanatoria. In sostanza l'annullamento dell'amministrazione competente deve essere supportato dalla considerazione, e dalla dimostrazione dei relativi elementi fattuali a sostegno, per cui la sanatoria dell'opera vincolata comprometterebbe irrimediabilmente gli interessi che il vincolo mira a tutelare.

Questo perché in linea di principio, la Soprintendenza deve tener conto, all'attualità, di tutti i vincoli esistenti sull'area e quindi sia dei vincoli originari che di quelli sopravvenuti rispetto all'epoca dell'abuso.

La valutazione di tale conformità corrisponde all'esigenza attuale di vagliare la compatibilità dei manufatti realizzati abusivamente con il vincolo il quale, ancorché sopravvenuto, costituisce la fondamentale, e più recente, valutazione dell'interesse pubblico generale al corretto utilizzo del territorio.

«.....GA.....»

**- ESPROPRIAZIONI -**

dell'Avv. Michela Urbani

Corte di Cass. civ., Sez. I, 25.11.2010 n. 23965  
**Indennità - determinazione - interventi di riforma economico-sociale - criterio riduttivo - diritto intertemporale.**

*In materia di determinazione dell'indennità di espropriazione, il criterio riduttivo di cui all'art. 2, co. 89 e 90, l. 244/2007 (alla stregua del quale "Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del venticinque per cento") è inapplicabile ai procedimenti espropriativi conclusi alla data di entrata in vigore della legge, ancorché sia per essi pendente procedimento giurisdizionale. Infatti la norma intertemporale di cui al menzionato comma 90 prevede una limitata retroattività della nuova disciplina di determinazione dell'indennità di espropriazione solo con riferimento "ai procedimenti espropriativi" e non anche ai giudizi in corso.*

Consiglio di Stato, sez. IV, 31.12.2010 n. 9612  
**Dichiarazione di p.u. implicita - comunicazione dell'avvio del procedimento - obbligo - sussiste.**

*Secondo la costante giurisprudenza, la comunicazione dell'avvio del procedimento costituisce una regola applicabile alla generalità dei procedimenti amministrativi, ivi compresi quelli a carattere autonomo attinenti alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, sia esplicita che implicita (fattispecie relativa all'approvazione di un progetto di un'opera pubblica che vale come dichiarazione implicita di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza a mente dell'art.1, l. 1/1978). La ratio di un siffatto principio risiede nel fatto che in ipotesi di approvazione di progetti di opere pubbliche ove si escluda la partecipazione del privato alle determinazioni relative alle scelte progettuali discrezionali, il proprietario espropriando verrebbe formalmente reso edotto di detta approvazione soltanto al momento dello spossessamento del bene, impedendosi quindi l'apporto di opportuni elementi di valutazione da parte degli interessati. Ove si invochi l'art. 21 octies l. 241/90 spetta*

*alla PA dimostrare che gli apporti partecipativi degli interessati ove messi, questi ultimi, in condizione di poterlo fare, non avrebbero portato a mutare il contenuto delle scelte operate.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 9.12.2010 n. 8688  
**Dichiarazione di p.u. implicita - comunicazione dell'avvio del procedimento - obbligo - sussiste - vincoli - reiterazione - comunicazione dell'avvio del procedimento - obbligo - sussiste - estensione.**

*La dichiarazione di p.u. implicita nell'approvazione del progetto definitivo di o.p. è illegittima, ove non sia stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento ai proprietari dell'area interessata dalla costruzione, non potendosi ritenere sufficiente la comunicazione dell'avvio del procedimento di adozione del decreto di occupazione d'urgenza. Quando ciò non avviene, anche il decreto di occupazione di urgenza è viziato per illegittimità derivata, essendo necessario che la partecipazione degli interessati sia garantita già nell'ambito del pregresso procedimento autorizzatorio, in cui vengono assunte le determinazioni discrezionali in ordine all'approvazione del progetto dell'opera e alla localizzazione della stessa. Infatti, la dichiarazione di pubblica utilità non è un subprocedimento del procedimento espropriativo ma costituisce un procedimento autonomo che si conclude con un atto di natura provvedimentale, che incide direttamente sulla sfera giuridica del proprietario ed è immediatamente lesivo, con la conseguenza che appare necessaria la partecipazione degli interessati, nel corso della fase che precede la dichiarazione di pubblica utilità, avendo il fine di consentire la rappresentazione degli interessi privati coinvolti prima che sia disposta la dichiarazione di pubblica utilità per realizzare una ponderata valutazione degli interessi in conflitto. Del resto costituisce principio generale ed inderogabile dell'ordinamento vigente che al privato, proprietario di un'area sottoposta a procedimento espropriativo per la realizzazione di un'opera pubblica, deve essere garantita, me-*

dianche la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull'apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, dell'approvazione del progetto definitivo.

Il procedimento volto alla reiterazione di vincolo decaduto (riapprovazione di piano recupero decaduto per scadenza del decennio) poiché destinato ad incidere su una posizione giuridica determinata, deve essere preceduto dall'avviso di avvio del procedimento. Tale obbligo di comunicare l'avvio del procedimento non può considerarsi superfluo, in via di fatto, neanche se afferente ad una procedura di rinnovazione di precedente progetto di opera pubblica o di dichiarazione di pubblica utilità stante la precedente conoscenza da parte dei proprietari di una precedente procedura ablatoria. In particolare trova in tale ipotesi applicazione il principio ribadito dalla Adunanza Plenaria n.7 del 2007, a mente della quale se la reiterazione riguarda un'area ben specificata per realizzare una specifica opera pubblica e non si tratti di reitera in blocco dei vincoli decaduti già riguardanti una pluralità di aree, occorre una adeguata motivazione almeno sulle ragioni della mancata attuazione degli interventi e sulla attualità dell'interesse pubblico alla identica realizzazione degli stessi nonostante il lungo tempo trascorso.

La variante al p.r.g., sia pure nella forma semplificata prevista dall'art. 19 t.u. espr., «scatta» solo con il perfezionamento del suo iter approvativo, che comprende l'approvazione del progetto preliminare o definitivo da parte del consiglio comunale, il mancato dissenso della Regione o dell'ente da questa delegato all'approvazione del piano urbanistico comunale, entro il termine previsto, decorrente dalla ricezione della delibera del consiglio comunale e della relativa completa documentazione, nonché una successiva seduta del consiglio comunale nella quale si dispone l'efficacia dell'approvata determinazione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 11.11.2010 n. 8023  
**Opere di p.u. - previsione di PRG - illegittimità - conseguenze - autorizzazione - illegittimità derivata - sussiste.**

L'illegittimità della previsione di PRG di localizzazione di opera pubblica (nella specie, centrale elettrica) travolge la deliberazione autorizzativa alla realizzazione della stessa. Sussiste infatti un principio di tendenziale preordinazione delle previsioni di PRG rispetto alla localizzazione delle oo. pp., per scalfare il quale occorre apposita deliberazione dello stesso ente locale o di altra Autorità amministrativa, che vale come variante al PRG, cioè come determinazione comunque correlata alle previsioni di piano regolatore. Ne discende una correlazione e connessione tra strumenti urbanistici e localizzazione di singoli impianti di interesse generale, in base al quale questi ultimi debbono normalmente ubicarsi in conformità alle previsioni urbanistiche di piano. Spetta al GA sindacare le scelte che costituiscano espressione di discrezionalità tecnica quando essa non pervenga a risultati univoci ed incontrovertibili, ovvero anche solo plausibili e verisimili (nella specie è stata ritenuta illegittima la localizzazione di centrale elettrica fatta con le previsioni del PRG in contrasto con le indagini geognostiche, all'interno di un territorio a forte vocazione turistica, precedentemente destinato ad attrezzature pubbliche e sportive da realizzarsi nel rispetto delle "caratteristiche ambientali" della zona.

TAR Piemonte, Sez. I, 14.1.2011 n. 21

**Acquisizione sanante - incostituzionalità.**

La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 TU espr. ad opera della sentenza di C. cost., 293/2010 non determina la nullità del decreto di acquisizione precedentemente adottato, bensì la sua mera illegittimità derivata, idonea a determinare l'annullamento dell'atto solo in presenza di un giudizio nel quale siano state proposte censure direttamente riferibili alla norma stessa.

TAR Toscana, Sez. I, 11.1.2011 n. 29

**Procedimento espropriativo - termine - proroga - legittimità - condizioni.**

**Acquisizione sanante - incostituzionalità.**

Per giurisprudenza costante la proroga dei termini finali della procedura di esproprio deve trovare giustificazione in ragioni oggettive che evidenzino cause di forza maggiore o altri fatti non dipendenti dalla volontà dell'espropriante,

che sono poste a base del provvedimento di proroga. Ne discende l'illegittimità del provvedimento di proroga fondato sulle ripetute sospensioni dei lavori causate dalla necessità di effettuare diverse perizie di variante, e non riconnesse ad alcun fatto obiettivamente valutabile che sia indipendente dalla volontà dell'amministrazione; nonché, conseguentemente, del decreto di esproprio. Il conflitto tra l'interesse del proprietario del terreno alla sua restituzione e quello collettivo all'utilizzo dell'opera pubblica nel frattempo realizzata non può risolversi a favore del secondo, né mediante l'istituto dell'occupazione appropriativa, contrario alla CEDU; né mediante quello di cui all'art. 43, d.p.r. 8.6.2001, n. 327, stante la pronuncia di anticostituzionalità ad opera della sentenza di Corte Costituzionale 8.10.2010, n. 293. Ne discende l'ineluttabilità dell'effetto ripristinatorio dei fondi che l'amministrazione ha illegittimamente preteso di espropriare, previa remissione in pristino dei medesimi, oltre al risarcimento dei danni per il mancato godimento dei terreni.

TAR Sicilia, Pa, 2.12.2010, n. 14232

**Acquisizione sanante - incostituzionalità - conseguenze.**

A seguito dell'eliminazione dal mondo giuridico dell'istituto della cd. acquisizione sanante di cui all'art. 43, d.P.R. 327/2001 a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di quest'ultima norma, non può "riesumarsi" l'istituto di origine giurisprudenziale della "espropriazione sostanziale" - nelle due ipotesi alternative della occupazione acquisitiva o usurpativa - perché in contrasto con l'ordinamento internazionale. Ne discende che la condotta dell'ente pubblico che occupa sine titulo il suolo privato continua a essere qualificabile come illecito permanente che non produce effetto acquisitivo della proprietà del bene a proprio favore ma, soltanto, quello di sottrarre illegittimamente il possesso del bene al proprietario; con conseguente obbligo risarcitorio non assoggettato ad alcun termine prescrizionale, salvo l'acquisto del bene per usucapione ventennale. In ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo il trasferimento del diritto di pro-

prietà in capo alla PA può unicamente conseguire all'accordo di cessione.

TAR Puglia, Le, Sez. I, 24.11.2010 n. 2683

**Acquisizione sanante - incostituzionalità - conseguenze.**

Venuta meno l'espropriazione indiretta (e come occupazione acquisitiva e come occupazione usurpativa) ad opera dell'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, e venuto meno l'istituto dell'acquisizione per decreto da parte dell'amministrazione e quello della esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo accompagnata dalla condanna al risarcimento del danno, nelle ipotesi in cui sia realizzata l'opera pubblica in assenza del compimento nei termini della procedura espropriativa o in assenza di una valida procedura trova applicazione l'istituto della specificazione.

In particolare l'art. 940 c.c. attribuisce la proprietà della "nuova cosa", "possa o non possa la materia riprendere la sua prima forma", allo specificatore "salvo che il valore della materia sorpassi notevolmente quello della mano d'opera", in tal modo costruendo l'istituto in funzione di una società informata allo sviluppo, alla tutela delle energie creative piuttosto che alla staticità. Ne discende che per effetto della specificazione del fondo la proprietà dell'opera pubblica viene acquistata, a titolo originario, dall'ente specificatore, dal momento in cui l'opera di specificazione è completata. E questo non in conseguenza di un illecito ma di un istituto che affonda le sue radici nel diritto romano e costituisce un fatto che dà diritto ad un mero indennizzo. Inoltre, quando l'opera è stata realizzata in violazione dei termini fissati, la richiesta indennitaria può essere avanzata nel termine di dieci anni dalla verifica del fatto; se invece l'opera è stata realizzata a seguito di una procedura successivamente annullata il termine prescrizionale decorre, ex art. 2935 c.c., dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, cioè da quando è passata in giudicato la pronuncia che ha annullato gli atti della procedura. Infine, l'indennizzo va necessariamente commisurato al valore venale del bene che per effetto della specificazione non esiste più, cioè il fondo.

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

Tar Lazio, Roma, Sez. II, 14.12.2010, n. 36519  
**Conferenza di servizi - comuni interessati - partecipazione comune - necessaria- partecipazione della provincia in via sostitutiva - esclusione.**

*Dato che la partecipazione alla Conferenza di servizi si mostra necessaria per quei comuni il cui territorio è interessato dalla realizzazione del progetto nonché dai connessi impatti ambientali, relativamente alla localizzazione degli impianti, opere o interventi principali ed agli eventuali cantieri o interventi correlati, la mancata partecipazione del comune interessato determina l'illegittimità della procedura. Non può neanche considerarsi idonea la rappresentanza provinciale la quale può essere portatrice di interessi delle popolazioni di un territorio più ampio di quello direttamente interessato alla realizzazione di un impianto e dunque coinvolto in maniera comunque mediata, ciò non può valere – in via sostitutiva – per le popolazioni insediate su territorio direttamente coinvolto.*

Tar Emilia R, Bo, Sez. II, 15.11.2010 n. 8045  
**Inquinamento acustico - ordinanza contingibile ed urgente - limiti differenziali - assenza zonizzazione acustica - illegittimità.**

*È illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente per superamento dei limiti "differenziali" qualora il comune non abbia ancora provveduto a perfezionare l'iter procedimentale per dotarsi della prescritta zonizzazione acustica, salvo ogni accertamento sull'eventuale superamento dei limiti assoluti.*

Tar Toscana, Sez. II, 11.12.2010, n. 6724  
**Classificazione acustica - discrezionalità tecnica - pre-uso del territorio – non sana situazione di illegittimità - non attribuibilità automatica della classe ad una strada extraurbana.**

*Le scelte inerenti la classificazione acustica, sono espressione di discrezionalità tecnica che va ancorata all'accertamento di specifici presupposti di fatto, tra i quali, in primo luogo il pre-uso del territorio, al fine di non sacrificare*

*le consolidate aspettative di coloro che si sono legittimamente insidiati. Orbene, proprio il riferimento al carattere illegittimo dell'insediamento esclude che una mera situazione di fatto possa essere avallata dalle successive scelte operate dall'amministrazione in materia di classificazione acustica. La mera qualificazione di una strada come extraurbana non comporta l'automatica attribuzione di una certa classificazione dal punto di vista acustico, nondimeno l'amministrazione comunale non fornisce, nel provvedimento impugnato, adeguate argomentazioni, in relazione al volume di traffico coinvolto, che consenta di giustificare la classificazione adottata.*

Tar Veneto, Sez. III, 5.11.2010, n. 5982  
**Impianti per il recupero dei rifiuti - approvazione – dissenso comune regione - prevale la volontà dell'ente di maggiori dimensioni - impugnazione - autorizzazione - prospettazione ripercussioni sul territorio - sufficiente-**

*Il legislatore statale con l'art. 208, co. 6, del d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (che sul punto ripete quanto già previsto dall'art. 27, co. 5, del d. lgs. 5.2.1997, n. 22) e il legislatore regionale (cfr. art. 23, co. 2, della l. r. 26.3.1999, n. 10) hanno previsto che l'approvazione dei progetti di impianti per il recupero dei rifiuti "costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico e comporta la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dei lavori", e quindi il possibile contrasto tra la regione e il comune è già risolto in via preventiva dal legislatore, facendo prevalere la volontà dell'ente di maggiori dimensioni, secondo un paradigma utilizzato dal legislatore ogniqualvolta vengono in gioco interessi di carattere sovra comunale. Ai fini dell'impugnativa di un provvedimento che autorizza l'avvio di un'attività potenzialmente inquinante, il ricorrente non è tenuto a dimostrare che si è verificato un danno, in quanto tale questione attiene al merito, ed è invece sufficiente la prospettazione di temute ripercussioni sul territorio collocato nelle immediate vicinanze (cfr. CdS, Sez. V, 28.11.2008 ,*

n. 5910; CdS, Sez. VI, 5.12.2002, n. 6657; CdS, Sez. V, 12.10.1999, n. 1445).

Tar Puglia, Le, Sez. I, 4.11.2010, n. 2616

**Discarica - localizzazione - zone di salvaguardia - Piano di tutela delle acque - legittimità - distanza 1 Km pozzo.**

*La normativa nazionale (art. 94 del d.lgs. 3.4.2006, n. 152), nel dettare le prescrizioni alle quali si devono attenere le Regioni nella redazione del Piano Tutela Acque (PTA), ha previsto le zone di salvaguardia distinte in zone di tutela assoluta e zone di rispetto. Le prime, che sono costituite dall'area immediatamente circostante le captazioni o derivazioni, devono avere un'estensione di almeno dieci metri di raggio dal punto di captazione. Per la zona di rispetto, distinta in ristretta e allargata, il comma 6 dell'articolo in esame ha previsto che "In assenza dell'individuazione da parte delle regioni o delle province autonome della zona di rispetto ai sensi del comma 1, la medesima ha un'estensione di 200 metri di raggio rispetto al punto di captazione o di derivazione". Il Piano nel caso di specie rispetta i parametri del d.lgs. 152/2006 perché la discarica è localizzata a distanza di circa 1 km dal pozzo più vicino, ed è posto a valle dei pozzi di prelievo dell'acquedotto e il sistema di impermeabilizzazione della discarica offre un elevato livello di protezione dell'acquifero.*

Tar Toscana, Sez. II, 27.10.2010, n. 6538

**Inquinamento - responsabilità ambientale - imputabilità dell'inquinamento - condotte attive ed omissive - prova diretta ed indiretta - presunzioni semplici ex art. 2727 c.c..**

*in materia di individuazione di responsabilità ambientale, la giurisprudenza ha recentemente concluso nel senso per cui alla luce dell'esigenza di effettività della protezione dell'ambiente, ferma la doverosità degli accertamenti indirizzati a individuare con specifici elementi i responsabili dei fatti di contaminazione, l'imputabilità dell'inquinamento può avvenire per condotte attive ma anche per condotte omissive e la prova può essere data in via diretta od indiretta, ossia, in quest'ultimo caso, l'amministrazione pubblica preposta alla tutela ambientale si può avvalere di presunzioni semplici di cui all'art. 2727 c.c., prendendo in considera-*

*zione elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi e precisi e concordanti che inducano a ritenere verosimile, secondo l'"id quod plerumque accidit", che sia verificato un inquinamento e che questo sia attribuibile a determinati autori (CdS, Sez. V, 16.6.09, n. 3885).*

Tar Emilia R, Pa, Sez. I, 26.10.2010, n. 473

**Rifiuti - localizzazione di una discarica - comuni - legittimità ad impugnare gli atti.**

*Poiché la circostanza della prossimità all'opera da realizzare non è in sé idonea a radicare l'interesse al ricorso, i comuni confinanti hanno titolo ad impugnare gli atti di localizzazione di una discarica di rifiuti nel solo caso in cui siano in grado di fornire una congrua dimostrazione del danno ambientale che deriverebbe dall'impianto all'ambito territoriale di loro competenza (v., tra le altre, CdS, Sez. V, 2.10.2006 n. 5713 e 14.4.2008 n. 1725).*

Tar Sicilia, Pa, Sez. II, 21.10.2010, n. 12965

**Inquinamento elettromagnetico - comuni - regolamento di minimizzazione - adozione di misure che costituiscono deroghe ai limiti di esposizione ai campi elettromagnetici - illegittimità - competenza esclusiva statale.**

*L'art. 8, co. 6, della l. 22.2.2001, n. 36, prevede la possibilità che i comuni adottino un regolamento c.d. di minimizzazione che è da ritenersi legittimo solo qualora finalizzato al perseguimento delle finalità indicate dalla norma e non anche quando tenda a scopi differenti. Il comune non può, mediante il formale utilizzo degli strumenti di natura edilizia-urbanistica, adottare misure, le quali nella sostanza costituiscano una deroga ai limiti di esposizione ai campi elettromagnetici fissati dallo Stato, quali, esemplificativamente, il divieto generalizzato di installare stazioni radio-base per telefonia cellulare in tutte le zone territoriali omogenee, ovvero la introduzione di distanze fisse da osservare rispetto alle abitazioni e ai luoghi destinati alla permanenza prolungata delle persone o al centro cittadino. Tali disposizioni sono, infatti, funzionali non al governo del territorio, ma alla tutela della salute dai rischi dell'elettromagnetismo e si trasformano in una misura surrettizia di tutela della popolazione da immissioni radioelettriche, che l'art. 4 della l. n. 36/2000 riserva allo Stato attraverso l'individuazione di*

puntuali limiti di esposizione, valori di attenzione ed obiettivi di qualità, da introdursi con d.P.C.M., su proposta del Ministro dell'ambiente di concerto con il Ministro della salute (in tal senso, tra le tante CdS, VI, 15.6.2006, n. 3534, TAR Sicilia, sez. II, 6.4.2009, n. 661).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.10.2010, n. 7588  
**Impianti di telefonia mobile - comuni - regolamento - limiti di localizzazioni.**

Per quanto l'art. 8, co. 6, l. n. 36 del 2001 dispone che "i comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici" la giurisprudenza ha affermato che ne debbono discendere regole comunali ragionevoli, motivate e certe, poste a presidio di interessi di rilievo pubblico (es., per il particolare valore paesaggistico e ambientale o storico-artistico di certe porzioni del territorio, ovvero alla presenza di siti che per la loro destinazione d'uso possano essere qualificati particolarmente sensibili alle immissioni elettromagnetiche), non già un generalizzato divieto di installazione in identificate zone urbane (CdS, VI, 15.7.2010, n. 4557).

CGARS, 6.10.2010, n. 1266

**Servizio pubblico - identificazione - attività di bonifica e di messa in sicurezza dei siti inquinati - obbligatorie ex lege - attività svolta favore di una collettività indeterminata e di rilievo economico - persegue un interesse pubblico.**

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 primario, 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).

- OSSERVATORIO PENALE -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte di Cass. pen., Sez. III, 29.11.2010 n. 42190

**Opere precarie - nozione.**

**Opere stagionali - mancata rimozione - conseguenze.**

*Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. e5), d.P.R. 380/2001, sono considerati interventi di nuova costruzione, la cui realizzazione deve essere assentata mediante il permesso di costruire, la installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere ... utilizzate quali abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee.*

*La mancata rimozione di un'opera edilizia allo spirare del termine stagionale, per il quale è stato rilasciato il provvedimento abilitativo, configura il reato di cui all'art. 44 d.P.R. 380/01.*

Corte di Cass. pen., Sez. III, 29.11.2010 n. 42163

**Pertinenze - nozione.**

*La nozione di "pertinenza urbanistica" ha peculiarità sue proprie, che la distinguono da quella civilistica: deve trattarsi, invero, di un'opera - che abbia comunque una propria individualità fisica ed una propria conformazione strutturale e non sia parte integrante o costitutiva di altro fabbricato - preordinata ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale, funzionalmente ed oggettivamente inserita al servizio dello stesso, sfornita di un autonomo valore di mercato, non valutabile in termini di cubatura o comunque dotata di un volume minimo tale da non consentire, in relazione anche alle caratteristiche dell'edificio principale, una sua destinazione autonoma e diversa da quella a servizio dell'immobile cui accede. La relazione con la costruzione preesistente deve essere, in ogni caso, non di integrazione ma "di servizio", allo scopo di renderne più agevole e funzionale l'uso (carattere di strumentalità funzionale), sicché non può ricondursi alla nozione in esame l'ampliamento di un edificio che, per la relazio-*

*ne di connessione fisica, costituisce parte di esso quale elemento che attiene all'essenza dell'immobile e lo completa affinché soddisfi ai bisogni cui è destinato*

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 22.11.2010, n. 41033

**Opere pubbliche - titolo - necessità - non sussiste - previsioni urbanistiche - conformità - obbligo - sussiste.**

*Per i beni e le opere caratterizzati da finalità pubblica è esclusa, per costante giurisprudenza, la necessità che gli interventi siano preceduti dal permesso di costruire, salvo l'obbligo del rispetto delle norme urbanistiche e ambientali.*

Corte di Cass. pen., Sez. III, 12.11.2010 n. 40075

**Cave - apertura - titolo edilizio - obbligo - non sussiste - opere edilizie permanenti - titolo edilizio - obbligo - sussiste.**

*L'attività di apertura e di coltivazione di una cava, pur comportando la trasformazione del territorio, non è subordinata al controllo edilizio comunale; la compatibilità della coltivazione della cava con gli interessi urbanistici è oggetto di accertamento da parte della Regione al momento del rilascio della autorizzazione per lo sfruttamento dei giacimenti che stabilisce, di solito, l'obbligo di successiva restituzione del luogo allo stato precedente.*

*Non richiedono il permesso di costruire i manufatti edilizi non destinati a durare nel tempo, ma ad essere rimossi dopo il momentaneo uso e le attività di trasformazione del sito di natura contingente. Viceversa, gli interventi che non hanno le ricordate caratteristiche, anche se connesse con il ciclo produttivo della attività estrattiva, devono svolgersi nel rispetto dei piani di settore e delle norme urbanistiche e richiedono il permesso di costruire, se determinano una durevole trasformazione del territorio.*

Corte di Cass. pen., Sez. III, 11.11.2010 n.

39768

**Urbanistica - procedimento di esecuzione.**

*Una volta che il giudice abbia accertato che gli abusi furono eseguiti in area soggetta a vincolo e che non si è in presenza di opere condonabili e una volta che il giudice abbia ritenuto non attuale la possibilità di prossimo provvedimento di sanatoria, non sussistono i presupposti perché l'ordine di demolizione venga sospeso o revocato.*

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 11.11.2010, n. 39767

**Urbanistica - procedimento di esecuzione e sanatoria.**

*Non c'è dubbio che l'ordine di demolizione o di riduzione in pristino debbo intendersi emesso allo stato degli atti, tanto che anche il giudice dell'esecuzione deve verificare il permanere della compatibilità degli ordini in questione con atti amministrativi. E' altrettanto indubitabile, però, che il rilascio del permesso in sanatoria non determini automaticamente la revoca dell'ordine di demolizione o di riduzione in pristino, dovendo il giudice, comunque, accertare la legittimità sostanziale del titolo sotto il profilo della sua conformità alla legge ed eventual-*

*mente disapplicarlo ove siano insussistenti i presupposti per la sua emanazione. A maggior ragione, in caso di mera presentazione di un'istanza di condono o di ricorso alla giurisdizione amministrativa, il G.E. deve accertare che, secondo una ragionevole previsione, l'istanza o il ricorso possano essere accolti in tempi brevi.*

Corte di Cass. pen., Sez. III, 4.11.2010 n. 39186

**Strade - allargamento - titolo edilizio - obbligo - sussiste.**

*Secondo il consolidato orientamento di questa Corte, per la costruzione o l'allargamento o la modificazione di una strada, anche qualora l'allargamento o la modificazione avvengano su una precedente pista o strada, è necessario il permesso di costruire, trattandosi di una trasformazione edilizia del territorio; oltre all'autorizzazione paesistica, quando la costruzione o l'allargamento o la modificazione avvengono in zona paesisticamente vincolata, poiché viene posta in essere una trasformazione ambientale, che rende indispensabile l'intervento e la valutazione delle autorità preposte al controllo del paesaggio sotto i diversi profili urbanistico e paesaggistico ambientale.*

«.....GA:.....»

# CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **D.P.R. 168/2010: REGOLAMENTO ATTUATIVO PER L'AVVIO DELLE LIBERALIZZAZIONI**

*Affidamenti diretti solo in "situazioni eccezionali". Diventa effettivo il principio della gara previa analisi di mercato affidata all'ente locale. Per affidamenti maggiori di 200 mila euro l'anno parere vincolante dell'Antitrust.*

«..... GA.....»

### **L'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI HA STABILITO PER L'ANNO 2011 MODALITÀ E TERMINI PER IL VERSAMENTO DEI CONTRIBUTI OBBLIGATORI DA PARTE DI SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI CHE INTENDONO AVVIARE UNA PROCEDURA PER LA REALIZZAZIONE DI LAVORI O L'ACQUISIZIONE DI SERVIZI E FORNITURE**

*Art. 1. Obbligo di richiesta del CIG 1. Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, di cui agli artt. 32 e 207 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 che intendono avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori ovvero all'acquisizione di servizi e forniture devono obbligatoriamente: a) richiedere il rilascio del numero identificativo univoco, denominato "Numero gara", attraverso il Sistema Informativo di Monitoraggio delle Gare (SIMOG), disponibile nell'area Servizi del sito dell'Autorità all'indirizzo [www.avcp.it](http://www.avcp.it); b) provvedere all'inserimento dei lotti (o dell'unico lotto) che compongono la gara. A ciascun lotto il Sistema attribuisce un codice identificativo denominato CIG. 2. La richiesta del CIG è obbligatoria per tutti i contratti pubblici indipendentemente dalla procedura*

*di selezione del contraente adottata e dal valore del contratto con esclusione delle gare per l'acquisto di energia elettrica o gas naturale e quelle per l'acquisto di acqua all'ingrosso, di cui all'art. 25 del d. lgs n. 163/2006; 3. I soggetti di cui al comma 1 del presente articolo devono riportare il CIG nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata. Art. 2. Soggetti tenuti alla contribuzione 1. Sono obbligati alla contribuzione a favore dell'Autorità, nell'entità e con le modalità previste dal presente provvedimento, i seguenti soggetti pubblici e privati: a) le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori di cui agli artt. 32 e 207 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, anche nel caso in cui la procedura di affidamento sia espletata all'estero; b) gli operatori economici, nazionali e esteri, che intendano partecipare a procedure di scelta del contraente attivate dai soggetti di cui alla lettera a); c) gli organismi di attestazione di cui all'art. 40, co. 3, del d. lgs. 12.4.2006, n. 163. Art. 3 Esenzioni dalla contribuzione. 1. Sono esentate dall'obbligo della contribuzione esclusivamente le seguenti fattispecie: a) i contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro per i soggetti di cui all'art. 2, lett. a); b) i contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro per i soggetti di cui all'art. 2, lett. b).*

«..... GA.....»

### **REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163, RECANTE «CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE IN ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE 2004/17/CE E**

## 2004/18/CE»

*In G.U. n. 288 del 10.12.2010 - S.O. 270, con il d.P.R. 5.10.2010, n. 207 è stato pubblicato il "Regolamento di esecuzione ed attuazione del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»."*

«..... GA.....»

### **AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, COMUNICATO DEL PRESIDENTE DEL 20.10.2010: VIETATO INTRODURRE NEI BANDI DI GARA CLAUSOLE DI LIMITAZIONI TERRITORIALI**

*1. I bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte, e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese. Simili clausole rappresentano, infatti, una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti ratione loci. 2. Detti principi trovano applicazione sia per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sia per quelli di valore inferiore, stante il rinvio dell'art. 121 del d. lgs. 163/2006 alla parte I del d. lgs. 163/2006 e, dunque, all'art. 2 sopra richiamato.*

«..... GA.....»

### **LE SOCIETÀ MISTE CD. "APERTE" NON POSSONO ESSERE DESTINATARIE DI AFFIDAMENTI DIRETTI**

*Al riguardo, osserva il collegio che l'Ad. Plen. n. 1 del 2008 ha chiarito i limiti dell'affidamento diretto alle società miste ai sensi dell'art 113, co. 5, lett. b), del d. lgs. 267/00. Premesso che il principio generale è sempre quello della gara, e che l'affidamento*

*diretto è sempre una deroga a tale principio, deroga consentita in casi di stretta interpretazione, la società mista si giustifica quale forma di partenariato pubblico-privato costituito per la gestione di uno specifico servizio per un tempo determinato. In altri termini, non si ha in questi casi una esenzione dal principio della gara, ma muta l'oggetto della gara, che deve sempre essere esperita ma non più per trovare il terzo gestore del servizio, bensì il partner privato con cui gestire il servizio. E' evidente quindi che le società miste cosiddette aperte, costituite cioè per finalità specifiche ma indifferenziate, non possono essere affidatarie dirette in quanto non soddisfano le condizioni a cui è ancorata la deroga. Pertanto, l'acquisizione nel caso di specie di una partecipazione azionaria di una società costituita in precedenza, ancorché avente ad oggetto la gestione dei rifiuti, non era sufficiente a legittimare l'affidamento diretto e ad escludere la necessità della gara (Cds, Sez. V, 7533/2010).*

«..... GA.....»

### **NELLA VERIFICA DELL'ANOMALIA DELL'OFFERTA DI UNA GARA D'APPALTO DI OPERA PUBBLICA L'ESITO DELLA GARA PUÒ ESSERE TRAVOLTO DALLA PRONUNCIA DEL G.A. SOLO QUANDO IL GIUDIZIO NEGATIVO SUL PIANO DELL'ATTENDIBILITÀ RIGUARDI VOCI CHE RENDANO L'INTERA OPERAZIONE ECONOMICA NON PLAUSIBILE**

*In tema di anomalia, compito primario del giudice è quello di verificare se il potere amministrativo sia stato tecnicamente esercitato in modo conforme ai criteri di logicità, congruità, razionalità e corretto apprezzamento dei fatti. Il superamento, quindi, grazie anche alla novità di cui all'art. 16, l. n. 205/2000 (consulenza tecnica), di ostacoli processuali capaci di limitare in modo significativo l'ampiezza della verifica giurisdizionale sulla correttezza delle operazioni e delle procedure integranti il giudizio tecnico non implica che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giustiziale, il giudice*

*possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non erroneo né illogico formulato dall'organo amministrativo, cui la legge attribuisca la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto. Nella verifica dell'anomalia, pertanto, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, a causa dei residui dubbi circa l'idoneità dell'offerta, insidiata da indici strutturali di carente affidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico (cfr. CdS., Sez. VI, dec. 3.5.2002 n. 2334) (CdS, Sez. V, 7631/2010).*

«..... GA.....»

**E' POSSIBILE PROROGARE IL TERMINE DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE PURCHÉ VENGA COMUNICATO A TUTTE LE IMPRESE INVITATE CHE POSSONO COSÌ MIGLIORARE L'OFFERTA GIÀ PRESENTATA**

*Pare necessario richiamare l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in base al quale non risulta violato il principio di "par condicio" tra i concorrenti quando la proroga è stata comunicata alle imprese invitate, dando così ad esse la possibilità di migliorare eventualmente l'offerta già presentata, essendo rimessa, in tal caso, alla stazione appaltante la valutazione motivata della opportunità della proroga del termine di presentazione delle offerte (TAR Lombardia, Mi, 7214/2010).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# L'EFFETTO SOSPENSIVO DELLA STIPULA DEL CONTRATTO PUBBLICO (LA C.D. CLAUSOLA DI “*STAND STILL*”)

dell'Avv. Salvatore Napolitano

*Sommario: 1) Introduzione. 2) Il termine dilatorio di sospensione della stipula del contratto. 3) L'effetto sospensivo automatico. 4) Eccezioni all'applicabilità del termine dilatorio. 5) Le conseguenze della violazione dello stand still.*

### **1. Introduzione.**

La clausola c.d. di “*stand still*” non è altro che un impedimento temporaneo alla stipula del contratto di appalto, una volta conseguita l'aggiudicazione definitiva a chiusura del procedimento selettivo delle offerte.

La fonte di tale effetto sospensivo è da rinvenirsi nel diritto comunitario, preoccupato di assicurare una effettività di tutela agli operatori economici che concorrono alla procedura di gara, finalità troppo spesso frustrata – negli ambiti nazionali – dalla stipula del contratto di appalto da parte delle stazioni appaltanti in pendenza del giudizio promosso avverso l'aggiudicazione ritenuta viziata con nocumento, quindi, dell'aspettativa del ricorrente a vedersi assegnato il contratto stesso.

La dir. ricorsi (dir. 11/12/2007 n. 66) in realtà prevede due diversi meccanismi sospensivi del termine per la stipula del contratto di appalto.

Il primo, più propriamente definitivo “*stand still*”, configura un vero e proprio termine dilatorio che si frappone tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, precludendone il suo perfezionamento al fine di consentire, a chi ne è interessato e ne sia legittimato, di valutare se proporre o meno ricorso, senza che la tutela della sua posizione giuridica venga pregiudicata o limitata dalla conclusione del contratto medesimo.

L'altro effetto sospensivo, che si può inve-

ce definire automatico, riguarda la avvenuta proposizione di un ricorso e consta di un ulteriore (ancorchè eventuale, nel senso che è subordinato alla proposizione del mezzo di tutela) periodo di sospensione o, meglio, di impedimento alla stipula del contratto, impedimento che si protrae fino alla decisione del ricorso medesimo in sede di cautelare o di merito.

### **2. Il termine dilatorio di sospensione della stipula del contratto.**

Il nostro legislatore nazionale aveva, invero, già introdotto – con norma di portata generale - vale a dire l'art. 11, co. 10, del codice dei contratti pubblici, un periodo di sospensione relativo alla stipula del contratto successivo alla aggiudicazione della gara.

La previsione, però, non era, in caso di sua inottemperanza, sorretta da alcuna sanzione, con ciò rendendo pienamente aleatorio il raggiungimento del fine cui la norma era evidentemente ispirata: rafforzare e rendere effettiva la tutela dei concorrenti non aggiudicatari della gara.

Al contrario, la direttiva ricorsi, pur lasciando liberi gli Stati membri – in sede di recepimento – di fissare autonomamente la durata massima dello “*stand still*”, ha tuttavia precisato la conseguenza in caso di inottemperanza del termine dilatorio da parte delle stazioni appaltanti, con ciò vincolando gli Stati membri nell'emanare una adeguata

normativa di recepimento.

Tuttavia il nostro legislatore, nella l. delega (art. 44 l.n. 88/2009) ha opportunamente tenuto presente la necessità di evitare ricorsi proposti per fini meramente dilatori, tendenti strumentalmente a “paralizzare” l’azione amministrativa delle stazioni appaltanti con la possibilità di ottenere vantaggi impropri se non addirittura illeciti, pur se la soddisfazione di tale necessità ha dovuto comportare un sacrificio apprezzabile del termine decadenziale di impugnazione del provvedimento amministrativo, dimezzato dagli ordinari 60 giorni ed appena 30 giorni, decorrenti dalla ricezione della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Al contempo il termine dilatorio di stipula del contratto è stato protratto dagli originari 30 giorni previsti nel previgente testo dell’art. 11, co. 10 del d. lgs. n. 163/2006, agli attuali 35 giorni decorrenti dall’invio dell’ultima comunicazione relativa all’avvenuta aggiudicazione definitiva.

Risulta, quindi, del tutto chiaro che si è inteso coordinare il termine dilatorio di sospensione con il termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, impugnazione che, una volta proposta – a sua volta – determina la ulteriore sospensione “automatica” del termine di stipulazione del contratto, almeno fino alla pronuncia del giudice amministrativo assunta in sede cautelare.

### 3. L’effetto sospensivo automatico.

Il legislatore, per rendere più effettiva la tutela dei concorrenti avverso aggiudicazioni che si ritengono viziate, ha previsto un ulteriore effetto sospensivo della stipula del contratto di appalto pubblico che si determina allorché la stazione appaltante riceve la notifica del ricorso, ormai proponibile solo in sede giurisdizionale, in virtù del chiaro disposto di cui all’art. 120, co. 1 del codice del processo amministrativo.

Pertanto, con la proposizione del ricorso giurisdizionale si determina una ulteriore preclusione alla stipula del contratto di appalto.

Tale ulteriore effetto sospensivo presuppone, però, che il ricorso proposto presenti anche una contestuale domanda di provvedimento cautelare.

In tal caso, infatti, l’effetto preclusivo ulteriore si estenderà per un periodo di venti giorni decorrenti, come detto, dalla notifica del ricorso, sempreché entro tale termine venga pronunciato il provvedimento cautelare richiesto al giudice ovvero, in ipotesi di c.d. “giudizio immediato”, venga pubblicato il dispositivo della sentenza di merito (incidentalmente va precisato che ciò avviene allorché il giudice ritenga, in sede di esame cautelare, di poter decidere contestualmente anche il merito della controversia) ovvero fino alla pronuncia di tali provvedimenti, se intervenuta successivamente alla scadenza del termine di 20 giorni.

Invero, la previsione normativa non appare del tutto felice essendo evidentemente “sovrabbondante”: infatti, il termine di 20 giorni è del tutto irrilevante, giacché in sostanza l’effetto preclusivo automatico deve permanere sostanzialmente fino all’assunzione dei predetti provvedimenti ad opera del giudice. Sarebbe stato, quindi, più semplice correlare l’effetto preclusivo automatico esclusivamente alla decisione del giudice in ordine alla richiesta cautelare.

La cessazione dell’effetto preclusivo si ha ovviamente se, in sede di esame della domanda cautelare, questa viene respinta, ma anche allorché il giudice si dichiari incompetente ovvero fossi la trattazione del merito senza concedere la misura cautelare della sospensione o infine rinvii la trattazione della istanza cautelare all’esame del merito, con il consenso delle parti, che è da ritenere come sostanziale rinuncia all’esame della domanda cautelare.

### 4. Eccezioni all’applicabilità del termine dilatorio.

Il termine dilatorio non si applica in due casi:

a) in primo luogo, se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso di gara o inoltro di inviti, viene presentata o ammessa una sola offerta e non vengono, tempestivamente, proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito ovvero, seppur proposte, risultano già respinte con decisione definitiva.

La “ratio” della previsione risulta del tutto chiara: non vi possono essere esigenze di tu-

tela del concorrenti in caso di unica offerta presentata ovvero ammessa. Naturalmente queste esigenze rivivono se – come precisa la norma – risultino proposte impugnative del bando o della lettera di invito, non decise in via definitiva.

A ben vedere il legislatore non ha tenuto presente tutte le possibili impugnazioni relative alla fattispecie; infatti, se si fa riferimento ad un'unica offerta "ammessa", si deve ritenere che vi sia stata una pluralità di offerte presentate di cui alcune escluse, pervenendosi quindi all'unica offerta ritenuta ammissibile. Ne consegue che potrebbero esservi delle impugnative avverso le esclusioni delle offerte, non contemplate espressamente dal legislatore. Tuttavia, a mio avviso, in tale caso, si può egualmente concludere – in via di interpretazione estensiva – per una esclusione della deroga, in conformità di quanto accade nel caso di proposizione di impugnativa avverso il bando o la lettera di invito.

b) l'altra eccezione è prevista per il caso di appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60.

Anche in questo caso la ratio della deroga, almeno nella ipotesi di accordo quadro, è alquanto evidente.

Occorre, a tale fine, premettere che l'accordo quadro viene stipulato fra l'amministrazione aggiudicatrice e (uno o) più operatori economici che vengono individuati in base a criteri obiettivi ed alle offerte presentate. In concreto, si attivano due procedimenti: in un primo momento (a monte) si individuano uno (o più) contraenti; in una fase successiva (a valle), in relazione alle concrete esigenze di approvvigionamento dell'amministrazione, vengono conclusi singoli contratti di fornitura o di servizio (c.d. contratti applicativi) con le imprese individuate ed alle condizioni definite nell'accordo per l'aggiudicazione dei singoli appalti.

Ebbene, l'esigenza di tutelare gli operatori economici che hanno partecipato alla procedura, con la previsione di un termine dilatorio fra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, sembra doversi porre con riferimento alla prima delle due fasi, quella più stretta-

mente pubblicistica e competitiva, in cui vengono selezionati quegli operatori che sottoscriveranno l'accordo quadro.

La seconda fase, invece, si svolge fra competitori già selezionati con tutte le garanzie poste "a monte" e, proprio nella logica dell'accordo quadro, si deve svolgere in forma più snella. Non a caso, infatti, laddove l'accordo quadro fissi tutte le condizioni dei futuri contratti applicativi, non è nemmeno necessario effettuare un nuovo confronto concorrenziale (argomento che si trae dall'art. 59, co. 6) con un'ulteriore semplificazione procedurale che conferma, ove ve ne sia ancora bisogno, che nella fase dell'affidamento dei singoli contratti applicativi dell'accordo quadro le formalità procedurali vengono attenuate al massimo.

Inoltre, ove mai il pubblico committente, nell'aggiudicare un singolo appalto "a valle" dell'accordo quadro, dovesse violare alcuna delle condizioni prestabilite nell'accordo medesimo, agli operatori pretermessi non sarebbe comunque preclusa la tutela risarcitoria per equivalente.

Appare, pertanto, del tutto verosimile che nella ponderazione e conseguente bilanciamento degli interessi in gioco, il legislatore abbia voluto principalmente tutelare una maggiore "semplicità" procedimentale in una fase, vale a dire nel concreto affidamento dei contratti applicativi dell'accordo quadro, caratterizzata da una palese attenuazione, se non proprio dalla totale eliminazione (laddove l'accordo quadro contenga tutti gli elementi dei futuri contratti), di un nuovo confronto competitivo tra più operatori economici, con l'ovvia conseguenza di una correlata attenuazione delle esigenze di tutela procedimentale sottese alla fattispecie dello "stand still".

Altro problema si pone per capire se il riferimento all'art. 59 del codice precluda l'applicazione di questa disposizione agli accordi quadro conclusi nei settori speciali, disciplinati dall'art. 222 del codice.

A parere di chi scrive, tale soluzione non sarebbe condivisibile.

Innanzitutto, quello dei settori speciali è un campo tradizionalmente regolato in modo meno procedimentalizzato rispetto ai settori ordinari.

Non si vede per quale motivo, perciò, una norma quale quella di cui all'art. 11, co. 10 bis, lett. b), evidentemente volta a snellire le procedure di affidamento degli appalti, non dovrebbe applicarsi proprio in quei settori cui sembrerebbe più conforme. E', infatti, del tutto notorio che i settori speciali, ancorchè oggetto di disciplina a partire dalla dir. 531/90/CE, costituiscono ancora un ambito meno procedimentalizzato rispetto ai c.d. settori ordinari.

Sarebbe, quindi, almeno incongruo, sotto il profilo logico – sistematico, che proprio tali settori vengano a trovarsi in una posizione procedimentale più onerosa e deteriore rispetto ai settori tradizionalmente più vincolati sotto il profilo procedurale.

A quanto sopra, si aggiunga che il riferimento all'art. 59 del codice, lungi dall'aver una ragione sostanziale, sembra piuttosto essere dovuto ad una sorta di "stratificazione" della tecnica normativa. Invero, la disposizione in parola è stata inserita nel codice dei contratti dall'art. 1 del d. lgs. n. 53 del 2010, cioè in sede di recepimento della dir. n. 66 del 2007 (cosiddetta direttiva Ricorsi).

In particolare, secondo l'art. 2 *ter*, co. 1, lett. c) della dir. "Gli Stati membri possono prevedere che i termini di cui all'articolo 2 bis, par. 2, della presente direttiva non si applichino nei seguenti casi (...):c) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 32 della direttiva 2004/18/CE e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 33 di tale direttiva".

Ebbene, la dir. 2004/18/CE regola il coordinamento delle procedure degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori ordinari e l'art. 32, relativo agli accordi quadro, è stato recepito dall'art. 59 del codice. E' necessario ricordare che la dir. 2004/18/CE è stata la prima che, in sostanza, proprio tramite l'art. 32, ha regolato l'accordo quadro. La (parallela) dir.2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (direttiva relativa ai settori esclusi, oggi speciali), invece, regola solo in modo "embrionale" l'istituto dell'accordo quadro

all'art. 1 (rubricato "Definizioni"), co. 4, a mente del quale: "Un accordo quadro è un accordo concluso tra uno o più enti aggiudicatori di cui all'articolo 2, paragrafo 2 e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste".

L'unico precedente relativo agli accordi quadro nei settori speciali è dato dall'art. 5 della dir. 93/38/CE (che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni), secondo il quale: "Gli enti aggiudicatori possono considerare un accordo-quadro come un appalto ai sensi dell'art. 1, par. 4, ed aggiudicarlo conformemente alla presente direttiva. Gli enti aggiudicatori, qualora abbiano stipulato un accordo-quadro conformemente alle disposizioni della presente direttiva, possono ricorrere all'art. 20, par. 2, lett. I), all'atto di aggiudicare appalti basati su questo accordo. Qualora un accordo-quadro non sia stato stipulato conformemente alla presente direttiva, gli enti aggiudicatori non possono ricorrere all'art. 20, par. 2, lett. I). Gli enti aggiudicatori non possono far ricorso agli accordi quadro in modo abusivo con l'effetto di impedire, limitare o distorcere la concorrenza".

Dal tenore di quest'ultima disposizione, oggi trasfusa in modo praticamente pedissequo nell'art. 222 del codice, nonché da quello dell'art. 1, co. 4 della dir. 2004/17/CE, si evince che l'istituto dell'accordo quadro era già contemplato per i settori speciali, sebbene la relativa disciplina fosse estremamente semplificata. L'art. 32 della dir. 2004/18/CE, al contrario, descrive in modo dettagliato questo istituto e quale sia la procedura di selezione degli operatori e di aggiudicazione dei singoli appalti. Per richiamare l'istituto, perciò, la dir. 2007/66/CE verosimilmente non poteva che fare riferimento alla dir. 2004/18 (ove – come appena detto – si rinviene la disciplina più completa dell'istituto) e il nostro legislatore a sua volta (all'art. 11, co.10 bis, lett. b) ha tradotto pedissequamente il riferimento all'art. 32, della direttiva settori

ordinari, con il riferimento al solo art. 59 del codice (che, come già illustrato, lo recepisce).

Si deve ricordare, infatti, che l'art. 222 del codice disciplina gli accordi quadro nei settori speciali disponendo che “*Gli enti aggiudicatori possono considerare un accordo quadro come un appalto e aggiudicarlo ai sensi della presente parte*”, con ciò ulteriormente confermando (anche per l'accordo – quadro) una semplificazione procedurale che è una caratteristica costante dei settori speciali.

Di conseguenza, a parere di chi scrive, se è vero, come è vero, che nel più è ricompreso il meno, alla luce delle ragioni storiche sopra illustrate, nonché dei motivi logico – sistematici anch'essi in precedenza evidenziati, il rinvio operato dall'art. 11, co. 10 *bis*, lett. b) all'art. 59 non può non contemplare implicitamente anche l'ipotesi degli accordi quadro nei settori speciali.

Peraltro, un contrario avviso postulerebbe una diversità dell'istituto dell'accordo - quadro, sotto il profilo negoziale, tra settori ordinari e settori speciali, che invece viene decisamente negato, affermandosi per converso l'assoluta identità dello strumento negoziale in esame a prescindere dal settore nel quale viene utilizzato, con la sola differenza di una maggiore semplificazione procedurale nell'applicare l'istituto ai settori speciali, del tutto coerente con la minore proceduralizzazione di cui tuttora godono i medesimi settori.

In conclusione, attesa la identità dell'istituto nei diversi settori (ordinari e speciali) e considerata, altresì, la evidente minore complessità procedimentale dell'istituto in esame nei settori speciali (immediatamente percepibile dal mero raffronto tra il disposto dell'art. 222 ed il disposto dell'art. 59), non potrebbe che risultare del tutto irragionevole negare ai settori speciali una ulteriore semplificazione procedimentale che viene invece testualmente riconosciuta ai settori ordinari.

### **5. Le conseguenze della violazione dello *stand still*.**

La violazione del termine dilatorio stabilito dall'art. 11, co. 10, del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, nonché il mancato rispetto della sospensione automatica del termine per la stipula del

contratto derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva (impropriamente definito da alcuno “*stand still processuale*”), sono testualmente considerati, dall'art. 121 del C.P.A. approvato con d. lgs. 2.7.2010, n. 104, quali fattispecie legittimanti la declaratoria di inefficacia del contratto da parte del giudice che annulli l'aggiudicazione definitiva.

Tuttavia il legislatore ha inteso temperare le conseguenze derivanti dalla mera violazione del divieto temporaneo di stipula, nell'ottica – conforme alla *ratio* dell'istituto – di collocare tale divieto in posizione “*servente*” della tutela giurisdizionale e delle esigenze di effettività della stessa, di talché è stato espressamente sancito che, al di fuori di tali ipotesi di tutela, la violazione del predetto divieto non giustifica l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato.

In altre parole, la violazione del principio dello “*stand still*”, di per sé considerata, e cioè senza che vi concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, e sempreché non abbia influito negativamente sulla possibilità del soggetto titolare del relativo interesse di ottenere l'affidamento, vale a dire il “*bene della vita*” cui quella posizione soggettiva risultava correlata, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o l'inefficacia del contratto.

Infatti, la lett. c) del co. 1 dell'art. 121 del d. lgs. 104/2010, prevede univocamente che la declaratoria di inefficacia del contratto possa essere pronunciata dal giudice solo allorché la violazione del termine dilatorio di cui al co. 10 dell'art. 11 d. lgs. 163/2006, oltre “*a privare il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto*” (con ciò evidenziando le esigenze di effettività di tutela del soggetto titolare della posizione giuridica soggettiva lesa) si accompagni comunque all'esistenza di “*vizi propri dell'aggiudicazione*”. Stessa locuzione è dato rinvenire anche nella successiva lett. d) del medesimo articolo, che tratta invece della violazione dell'effetto sospensivo automatico conseguente alla proposizione del ricorso giurisdizionale. A ciò si aggiunga che, sotto il profilo strettamente sistematico,

sarebbe stato del tutto irragionevole ritenere la sola violazione dello *stand still* quale profilo di illegittimità di un provvedimento, qual è

l'aggiudicazione definitiva, che si colloca temporalmente in un momento anteriore della procedura.

«.....GA.....»

## QUANDO LE STAZIONI APPALTANTI POSSONO COMMINARE LA “TRIPLICE SANZIONE”?

dell'Avv. Paola Tria

*Un opportuno chiarimento alla fattispecie di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163/06*

Come noto, l'art. 48 del d. lgs. n. 163/06 (cosiddetto “Codice dei Contratti Pubblici”) al comma 1 prevede che le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte, richiedano ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di gara presentando la documentazione indicata nello stesso bando o nella lettera di invito e che quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedano all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità che dispone, altresì, la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Il medesimo art. 48, al co. 2, prevede, altresì, che la richiesta circa la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa debba essere inoltrata anche all'aggiudicatario, ed al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non fossero compresi fra i soggetti sorteggiati prima dell'apertura delle buste.

In altri termini, la legge prevede che all'inizio della procedura di gara (nonché, in caso di mancato sorteggio, prima della stipula del contratto) le Stazioni Appaltanti debbano accertare la serietà delle offerte e la concreta capacità dei concorrenti.

Di conseguenza, al concorrente che, selezionato per la verifica, non sia stato in grado di provare e/o confermare il possesso dei requisiti dichiarati, vengono comminate oltre alla sanzione dell'esclusione le cosiddette sanzioni accessorie: l'escussione della polizza, prestata ai sensi dell'art. 75 del codice a

garanzia della serietà dell'offerta; e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici che, oltre ad imporre il pagamento di una sanzione pecuniaria, dispone la sospensione dalla partecipazione alle gare per un periodo che può arrivare fino ad un anno.

Esigenze di buon andamento, efficienza ed economicità, infatti, richiedono che ad una procedura di gara prendano parte unicamente quei soggetti che, in caso di aggiudicazione, possano essere in grado di eseguire le prestazioni contrattuali da affidare loro.

Ciò posto, sebbene la lettera dell'art. 48 del codice sia chiara nel prevedere che nella fase anteriore all'apertura delle buste le sanzioni accessorie debbano essere disposte solo nel caso di mancata prova dei requisiti economici e tecnici, una nutrita giurisprudenza ha dovuto ribadire che tale previsione non riguarda anche le ipotesi di mancata dichiarazione e/o possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice: “Nelle gare pubbliche l'irrogazione della tripla sanzione (e cioè: esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza) si riferisce alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38 del medesimo decreto, essendo queste ultime sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara” (cfr. TAR Piemonte, To, I, 15.2.2010, n. 957); nonché: “È illegittima la condotta della stazione appaltante che provveda, ex art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, all'esclusione dell'impresa concorrente dalla gara, all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza per i conseguenti provvedimenti, per carenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del richiamato testo legislativo. Le misure

*sanzionatorie indicate devono, infatti, intendersi tassativamente applicabili alle ipotesi di mancanza dei requisiti di ordine speciale previsti dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici e non anche all'assenza di requisiti diversi da quest'ultimi e cioè di quelli di ordine generale ivi non contemplati. La disposizione in analisi prevede, invero, che le stazioni appaltanti chiedano ai soggetti offerenti, così come all'aggiudicatario, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e solo qualora tale prova non sia fornita esse dispongono l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti" (ex multis TAR Emilia-Romagna, Bo, I, 10.12.2010, n. 8108).*

In proposito, e con particolare riferimento alla sanzione dell'escussione della polizza, vale segnalare la diversità dell'ipotesi prevista dall'art. 48, co. 1, da quella della possibilità di incamerare la cauzione provvisoria nel caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario (ex art. 75, co. 6 del codice) *"intendendosi per tale qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile,*

*e, quindi, non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali" (cfr. TAR Lazio, III, 28.12.2010, n. 38948).*

In conclusione, le Stazioni Appaltanti possono comminare le sanzioni accessorie dell'escussione della polizza e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza, in aggiunta all'esclusione dalla gara, solo quando, in sede di verifica dei requisiti di ordine speciale dichiarati dai concorrenti, essi non vengano confermati oppure non ne venga fornita la prova del possesso e, cioè, in caso di mendacio: *"nel caso di esclusione di una impresa dalla gara a seguito di verifica a sorteggio, il presupposto per l'applicazione delle sanzioni accessorie della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici e dell'incameramento della cauzione, previste dall'art. 48 del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, è costituito dalla falsità delle dichiarazioni, con la conseguenza che, ai fini delle predette attività, debbono necessariamente essere oggetto di valutazione da parte dell'Amministrazione la sussistenza e la gravità delle falsità riscontrate" (cfr. TAR Lazio, III quater, 28.12.2010, n. 38948).*

«.....GA.....»

## ASSOCIAZIONE TEMPORANEA DI IMPRESE ED ASSOCIAZIONE PER COOPTAZIONE

dell'Avv. Paola Pittelli

Commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 8253/2010

Con la pronuncia in commento, la quarta sezione del Consiglio di Stato ha affrontato una lunga serie di problematiche attinenti al mondo degli appalti pubblici: dalle riunioni temporanee di imprese al valore processuale delle dichiarazioni ammissive di fatti sfavorevoli, dal risarcimento del danno da perdita di *chance* a quello del danno c.d. curricolare.

Ciascun argomento meriterebbe un approfondimento, ma le questioni principali affrontate dal Collegio, sulle quali ci si sofferma in questa sede, riguardano le quote di partecipazione nell'ati e la c.d. associazione in cooptazione.

E' d'obbligo una breve ricostruzione dei fatti.

Gara per il restauro del Teatro San Carlo di Napoli da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, partecipano due raggruppamenti: Cobar, che ottiene oltre 90 punti e si aggiudica l'appalto, e Paco, che ne ottiene poco più di 62 e si classifica al secondo posto.

Con il ricorso al TAR Lazio Paco impugna l'aggiudicazione, sostenendo che Cobar avrebbe dovuto essere escluso perché, in sede di offerta, invece di indicare le quote di partecipazione alle singole categorie di lavori da eseguirsi da parte di ciascun associata, si era limitato ad indicare soltanto le quote percentuali di partecipazione di ciascuna impresa all'intero raggruppamento e, quindi, in funzione dell'importo complessivo dei lavori, ricavato dalla somma di tutte le categorie di opere previste nel disciplinare.

Il TAR ha ritenuto fondata l'eccezione, di qui l'appello di Cobar esaminato dalla sentenza in commento, che ha sostanzialmente confermato la decisione del giudice di primo grado, ma con argomentazioni più precise, sulle quali è utile soffermarsi.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha sistematicamente analizzato l'art. 37 del codice

dei contratti e la norma regolamentare contenuta nell'art. 95 d.P.R. n. 554/99 (sostanzialmente riprodotta nell'art. 92 del nuovo regolamento di cui al d.P.R. 207/2010, in vigore dal 9 giugno prossimo) e, richiamando la precedente pronuncia n. 2079/2008 della quinta sezione, ha ribadito la necessità che sussista una *“perfetta simmetria tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento”*. *“La definizione delle quote di partecipazione ad un'a.t.i. non riguarda, infatti, la fase esecutiva del rapporto contrattuale ..., ma la sua fase prodromica; cosicché è nella proposta contrattuale della partecipante... che deve risultare esplicitata l'identità del soggetto contraente ossia, nel caso appunto di partecipazione in associazione temporanea, le quote attribuite a ciascun componente. D'altronde, la funzione della disposizione sta nell'evidente finalità di escludere fin dalla fase di svolgimento della gara e non nel successivo momento esecutivo partecipazioni fittizie o di comodo, come spesso avveniva nella comune esperienza prima dell'entrata in vigore dell'art. 13 della l. n. 109/1994 (cfr. C.G.A.R.S., 31.3.2006, n. 116). .... questo Consiglio ha affermato l'inderogabilità e non alternatività del principio di necessaria preventiva indicazione della quota di partecipazione al raggruppamento e quindi dei lavori, allorché, ad esempio, l'a.t.i., ai fini dell'ammissione, abbia esplicitato le diverse categorie SOA dei componenti il raggruppamento. L'obbligo di dichiarare la quota di partecipazione all'a.t.i. in sede di presentazione dell'offerta - e ciò affinché una corrispondente articolazione dell'obbligazione dell'appaltatore risulti sancita nel contratto - è stata introdotta dal legislatore proprio per evitare, .... partecipazioni apparenti effettuate solo allo scopo di far aggiudicare contratti a soggetti privi delle necessarie qualificazioni e quindi ad evitare che alla spendita delle quote parteci-*

*pative non corrisponda quella dei requisiti di qualificazione e non corrisponda un identico impegno in sede di esecuzione dei lavori. L'intento antielusivo di una partecipazione con finalità esclusivamente antilucrative e parassitarie, che potrebbe condurre a fenomeni di assenza totale di concreta esecuzione di quote dei lavori trova d'altronde riscontro in altre disposizioni del codice, come quella di cui al medesimo art. 37, co. 9, ... il quale vieta in modo assoluto l'associazione in partecipazione, la quale costituisce il tipo negoziale attraverso il quale si può realizzare un meccanismo partecipativo assenteista e irresponsabile, essendo riconosciuto alle parti del contratto la facoltà di determinare la partecipazione alle perdite in misura diversa da quella della partecipazione agli utili ovvero di escludere del tutto la partecipazione alle perdite, realizzandosi, così, una sorta di "co-interessenza impropria" ( cfr., sul punto, Cass., I, 1.10.2008, n. 24376; v. anche Cass. n. 503/1996, n. 4473/1993, n. 5759/1985, n. 197/1982, n. 6750/1981). Di qui la conseguenza che non è la indicazione dei requisiti di qualificazione ma la formale determinazione delle quote di partecipazione (e il corrispondente impegno contrattuale) a far sorgere il vincolo ad eseguire l'appalto in un determinato e non modificabile assetto, con conseguente impossibilità di stabilire l'equipollenza tra la spendita dei requisiti di qualificazione e la formale indicazione, ad opera dei relativi componenti, delle quote di partecipazione al raggruppamento.*

*In sintesi e per concludere sul punto, dal combinato disposto dei coo. 2 e 13 dell'art. 37 del codice consegue che prima, in sede di domanda di partecipazione, deve essere formulata almeno l'indicazione delle quote partecipative al raggruppamento, dalle quali desumere la quota parte dei lavori da eseguire da ciascun associato, dovendo sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, l'indicazione delle quote di partecipazione rivelandosi dunque requisito di ammissione alla gara e non contenuto di obbligazione da far valere in sede di esecuzione del contratto (CdS., sez. V, n. 5817/2009 ). Sulla base delle predette indica-*

*zioni preventive e formali, avverrà la verifica della sussistenza della qualificazione SOA".*

Con questa indispensabile premessa, il CdS ha chiarito come l'aggiudicatario avrebbe dovuto esser escluso non tanto perché le imprese facenti parti dell'ati Cobar non avevano esplicitato le quote da ciascuna assunte in merito all'esecuzione lavori "(a tal fine bastando, come sopra detto, l'indicazione delle quote di partecipazione...nell'ambito del raggruppamento...dalla quale ricavare anche la quota di assunzione lavori)", bensì alla luce di un'altra circostanza, anch'essa rilevata dal TAR, ma non sufficientemente argomentata nella sentenza di primo grado.

Ed invero, il giudice di prime cure si era accorto che, all'interno dell'ati Cobar, il Consorzio ITL era stata dichiarato mandante, ma, a seguito delle verifiche di rito, la Commissione di gara lo aveva considerato alla stregua di "impresa cooptata", al fine di superare la mancanza di un requisito di qualificazione.

Il TAR sul punto aveva già rilevato come tale valutazione costituisse "una evidente alterazione del contenuto della dichiarazione presentata dall'ATI COBAR ai fini della partecipazione", avendo in pratica la Commissione operato un'"inammissibile adattamento ...veicolato dall'esigenza di consentire (comunque) l'ammissione alla procedura..." (cfr. sentenza di primo grado n. 12549/08), ma il CdS è andato oltre.

Dopo aver confermato che ITL, "mandante o cooptato che fosse...non aveva comunque la qualificazione...", ha chiarito le differenze tra associazione temporanea ed associazione per cooptazione, soffermandosi sulla importanza della dichiarazione contenuta nella domanda di partecipazione alla gara.

"...la c.d. "associazione per cooptazione" in cui sarebbe stata coinvolta ITL, .... si caratterizza per la possibilità, da parte delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea e con i requisiti di partecipazione, di associare altre imprese iscritte all'(ex) albo nazionale dei costruttori, anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori oggetto dell'appalto e che l'ammontare com-

*plexivo delle iscrizioni possedute da ciascuna di tali imprese fosse almeno pari all'importo dei lavori che sarebbero stati ad essa affidati. La norma è stata ripresa nel co.4 dell'art. 95 del regolamento n. 554/1999 (oggi dall'art. 92 co.5 del nuovo regolamento, n.d.a.) per cui può ritenersi ancora operante l'istituto della cooptazione, il quale si caratterizza, come già anticipato, per la possibilità di far partecipare all'appalto anche imprese di modeste dimensioni, non suscettibili di raggrupparsi nelle forme previste dai commi 2 e 3 del citato art. 95, purché l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute sia almeno pari all'importo dei lavori che sarebbero stati ad essa affidati e i lavori eseguiti dalle cooptate non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori (cfr. CdS, V, 1.9.2009, n. 5161; CdS, V, 11.6.2001, n. 3129 e Id., 25.7.2006, n. 4655; nonché, ex plurimis, TAR Campania, Sa, I, 7.7.2006, n. 954). In particolare - mentre parte della giurisprudenza ritiene che la possibilità dell'impresa singola o delle imprese che intendano riunirsi ..., in possesso dei requisiti di cui all'articolo 95 citato, di associare, nei modi di cui al comma 4, altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, sia insita nello stesso dettato normativo che impone alle imprese cooptate il solo obbligo della qualificazione e il solo limite percentuale delle opere (in termini, CdS, V, 11.6.2001, n. 3129) - appare preferibile ribadire (in conformità ad un più recente e meglio argomentato orientamento: per tutte cfr. CdS n. 5161/2009 cit.) come tale possibilità sia, piuttosto, subordinata ad un'espressa dichiarazione, risultante dalla domanda di partecipazione alla gara, in assenza della quale è da ritenere sussistente la figura (di carattere generale) di associazione temporanea (orizzontale o verticale) prevista dai coo. 2 e 3. E ciò sia in osservanza della par condicio fra i partecipanti alla gara (non potendosi costringere l'Amministrazione a verificare tutte le ipotesi interpretative in astratto consentite dalla normativa vigente, ai fine di ri-*

*condurvi la tipologia realizzata da taluno dei concorrenti) sia in considerazione del diverso grado di impegno, responsabilità e garanzia dei partecipanti alla riunione (che vale a differenziare significativamente .... le due fattispecie associative in considerazione) cui si riconnette un diverso onere di dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione. Se ne deve dedurre - non essendo, con ogni evidenza, in contestazione la evidenziata diversità giuridica delle due figure - che la controversia va risolta esaminando il tenore della "dichiarazione, risultante dalla domanda di partecipazione alla gara", la quale (in assenza di espressa manifestazione della volontà di avvalersi della cooptazione) dovrebbe indurre, giusta il richiamato principio, a "ritenere sussistente la figura generale di associazione temporanea" (così, ancora, CdS, n. 5161/2009 cit.).*

Il CdS ha dunque confermato la sentenza del TAR, ma non tanto per la questione della mancata esplicitazione, in sede di offerta, delle quote assunte da ciascuna consociata Cobar in relazione all'esecuzione lavori, quanto alla luce del fatto che la Commissione di gara aveva operato una vera e propria alterazione della dichiarazione resa in sede di gara, in spregho ai principi della *par condicio* fra i concorrenti.

In conclusione, il CdS ha sì confermato la decisione del TAR ma ne ha sviluppato la motivazione, chiarendo alcuni principi che val la pena di riassumere. Innanzitutto la necessità di dichiarare in sede di offerta la quota di partecipazione all'ati, dalla quale si deve poter desumere la quota parte dei lavori che saranno eseguiti da ciascun associato. In secondo luogo le sostanziali differenze tra associata e cooptata, che, assumendosi un diverso grado di responsabilità, hanno un corrispondente diverso onere probatorio del possesso dei requisiti. Infine, la necessità che la stazione appaltante si attenga a quanto dichiarato dai partecipanti in sede di offerta, senza possibilità di deduzioni ed "aggiustamenti", come era avvenuto invece nel caso in esame.

# LA GESTIONE ASSOCIATA DI SERVIZI E FUNZIONI COMUNALI

dell'Avv. Federico Mazzella

*La "manovra estiva" di cui al d.l. 31.5.2010, n. 78 (convertito nella l.n.30.7.2010, n. 122) ha imposto ai piccoli comuni la obbligatorietà del ricorso alla gestione associata di buona parte delle funzioni di loro competenza*

## **1. Le novità contenute nella manovra di cui al d.l. 31.5.2010, n. 78 (convertito in l. 30.7.2010, n. 122) in punto di gestione associata delle funzioni comunali.**

Manovra finanziaria varata dal governo con il d.l. 31.5.2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n. 122), conteneva una norma, l'art. 14, rubricata "Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali". Tra queste, per quel che interessa in questa sede, i coo. da 26 a 31 erano diretti "ad assicurare il coordinamento della finanza pubblica e il contenimento delle spese per l'esercizio delle funzioni fondamentali dei comuni" (art. 14, co. 25).

In particolare, il co. 28 ha stabilito che "Le funzioni fondamentali dei comuni ... sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, esclusi le isole monocomune ed il comune di Campione d'Italia. Tali funzioni sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni, appartenenti o già appartenuti a comunità montane, con popolazione stabilita dalla legge regionale e comunque inferiore a 3.000 abitanti"; ed il successivo co. 29, ne ha completato la previsione, ponendo il duplice divieto per cui "I comuni non possono svolgere singolarmente le funzioni fondamentali svolte in forma associata. La medesima funzione non può essere svolta da più di una forma associativa".

Mentre il precedente co. 27 ha avuto cura di precisare come "fino alla data di entrata in vigore della legge con cui sono individuate le funzioni fondamentali di cui all'art. 117, co. 2, lett. p), della costituzione, sono considerate funzioni fondamentali dei comuni le funzioni di cui all'articolo 21, co. 3, della l. 5.5. 2009,

n. 42". Pertanto, le funzioni fondamentali che i cd. "piccoli comuni" sono tenuti a svolgere in forma associata, devono essere rintracciate (al momento) tra quelle indicate dalla l. delega al Governo in materia di federalismo fiscale; il cui art. 21, co. 3, le ha (provvisoriamente) così elencate: "a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70 per cento delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge; b) funzioni di polizia locale; c) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica; d) funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti; e) funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato; f) funzioni del settore sociale". Si tratta, a ben vedere, dell'ennesimo tentativo di affrontare il tema delle difficoltà organizzative e gestionali che incontrano i piccoli comuni; da alcuni ritenuto il più radicale, anche in considerazione del fatto che "al marcato aumento delle esperienze di gestione associata non ha però corrisposto un incremento direttamente proporzionale dei servizi gestiti in modo unitario, soprattutto per ciò che riguarda le attività fondamentali", con la conseguenza che "molto spesso alle forme associative sono stati assegnati i compiti nuovi e/o quelli che hanno un rilievo ridotto"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Così, A. BIANCO, *La gestione associata diventa obbligatoria*, in *Comuni d'Italia*, 5/2010; per il quale "Le ragioni che sono alla base della scelta legislativa e, più in generale, della spinta alla razionalizzazione della dimensione dei comuni, sono costituite essenzialmente dalla constatazione che i piccoli municipi si li-

## 2. I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione e la gestione associata di funzioni e servizi.

Il modello della gestione in forma associata di (funzioni e) servizi da parte degli enti locali ha avuto una sua prima disciplina compiuta nella riforma attuata dalla l. 8.6.1990, n. 142, i cui artt. 24 e ss. hanno introdotto gli istituti della “convenzione”, del “consorzio”, della “unione di comuni” (ivi compresa la “comunità montana”) e dello “accordo di programma”, successivamente trasfusi nel capo V – rubricato “Forme Associative” – del titolo II (“Soggetti”) della parte I (“Ordinamento Istituzionale”) del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (meglio noto come “Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli Enti locali”: cd. TUEL).

La novella suddetta si ispirava ad una serie di principi che, negli anni – e nei testi legislativi (dalla l. 15.3.1997, n. 59 e dal d. lgs. 31.3.1998, n. 112, meglio note come “Leggi Bassanini”, fino ad arrivare alla l. 5.6.2003, n. 131, più conosciuta come “Legge La Loggia”) – seguenti, hanno costituito il cardine della riforma del titolo V della costituzione attuata con la l. cost. 18.10. 2001, n. 3. E, soprattutto, rispondeva – o, almeno, intendeva rispondere – alle difficoltà che, in particolare, i piccoli comuni incontravano nell’esercizio dei compiti<sup>2</sup> loro affidati.

L’attuale testo dell’art. 118 cost., infatti, stabilisce che “Le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”; i quali, quindi, consentono di mediare, nel concreto, tale attribuzione “preferenziale”, operata a livello costituzionale, di funzioni amministrative ai comuni.

Il principio di sussidiarietà ha avuto una

---

*mitano nella gran parte dei casi a svolgere solo le funzioni essenziali e che non sono in condizione di erogare numerosi servizi e dalla necessità di pervenire a economie di scala”.*

<sup>2</sup> Il termine “compiti” va qui inteso nel senso ampio utilizzato dal d. lgs. n. 112/1998 cit., inclusivo sia delle funzioni pubbliche sia dei servizi pubblici.

sua prima definizione a livello normativo nell’art. 4, co. 3, della l. n. 59/1997 cit.<sup>3</sup> e prevede che “l’intervento degli enti pubblici territoriali (Stato, regioni, province, città metropolitane e comuni) debba essere attuato esclusivamente come sussidio, appunto, sia nei confronti dei cittadini sia degli enti e degli apparati amministrativi sottostanti, solo nel caso in cui il cittadino o l’entità sottostante sia impossibilitata ad agire per conto proprio o ossia non possieda dimensioni o risorse «adeguate» a svolgere quel determinato compito o ad assolvere a quella funzione”<sup>4</sup>.

Complementari a tale principio fondamentale si pongono quelli di adeguatezza<sup>5</sup> e differenziazione<sup>6</sup>, parimenti definiti dal predetto art. 4, co. 3, l. n. 59/1997. Il primo rappresenta “quella regola per cui il legislatore deve attribuire le funzioni amministrative ai diversi enti territoriali considerando la circostanza che essi posseggano una dimensione, e perciò una capacità di governo, adeguata a soddisfare i bisogni e gli interessi della rispettiva collettività”; mentre il secondo “imponesse invece al legislatore di tenere conto, sempre nell’attribuzione delle funzioni amministrative ai diversi enti, della realtà di fatto che caratterizza la situazione concreta degli enti, anche all’interno della medesima cate-

---

<sup>3</sup> Ai sensi della lett. a) di tale art. 4, “l’attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, [da parte delle Regioni – all’epoca, ossia ante riforma del Titolo V della Costituzione – sarebbe dovuto avvenire] secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l’esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l’assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”.

<sup>4</sup> Così, L. COEN in “Commentario Breve alla Costituzione”, a cura di S. BARTOLE e R. BIN, 2008.

<sup>5</sup> La lett. g) dell’art. 4 in esame disponeva che l’attribuzione di compiti e funzioni amministrative a comuni, province e comunità montane, da parte delle Regioni, avvenisse “in relazione all’idoneità organizzativa dell’amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l’esercizio delle funzioni”.

<sup>6</sup> La successiva lett. h) del medesimo art. 4, infine, stabiliva che tale “allocazione delle funzioni” avvenisse “in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi”.

goria, e di modulare perciò, all'interno di questa, la disciplina relativa all'attribuzione dei compiti in modo da rispettare il principio di adeguatezza"<sup>7</sup>.

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, occorre sin d'ora sottolineare come ambo tali ultimi principi, sin dalla loro originaria definizione normativa, hanno sottolineato l'importanza del modello associativo di esercizio delle funzioni o di gestione dei servizi: in base al principio di adeguatezza, infatti, occorre considerare "l'idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni" (art. 4, co. 3, lett. g), l. n. 59/1997); mentre secondo il principio di differenziazione, si deve tener conto "delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi" (art. 4, co. 3, lett. h), l. n. 59/1997).

Su tale scia, invero, si colloca il disposto dell'art. 2 della l. n. 131/2003 cit. (recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. 18.8.2001, n. 3"), ai sensi del quale il Governo, nell'attuare il dettato dell'art. 117, co. 2, lett. p), cost.<sup>8</sup>, è tenuto a "valorizzare i principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nella allocazione delle funzioni fondamentali in modo da assicurarne l'esercizio da parte del livello di ente locale che, per le caratteristiche dimensionali e strutturali, ne garantisca l'ottimale gestione anche mediante l'indicazione dei criteri per la gestione associata tra i Comuni" (art. 2, co. 3, lett. c), l. n. 131/2003).

In questa prospettiva, il suddetto modello associativo ha avuto come finalità, tra l'altro, anche quella di fornire una risposta alla precedentemente accennata debolezza dei piccoli comuni. Se, infatti, i comuni "sono in linea di principio titolari ope constitutionis di tutte le funzioni amministrative e normative loro attribuite", in virtù del richiamato principio di

adeguatezza, "devono essere adeguati: avere cioè una organizzazione all'altezza, risorse finanziarie sufficienti, disponibilità di personale e di mezzi materiali in modo da garantire una gestione efficiente, efficace, economicamente vantaggiosa e, soprattutto, funzionale alla migliore erogazione dei servizi ai cittadini"<sup>9</sup>. Ed appare conseguentemente evidente, pertanto, come questi aspetti, in maniera critica, "interessino in modo particolare i comuni più piccoli che generalmente sono anche quelli caratterizzati da una minore densità abitativa, dallo scarso sviluppo economico e dalla ubicazione in aree morfologicamente svantaggiate [...]. Sono proprio i più piccoli che risentono maggiormente di questa incertezza nel reperimento delle risorse necessarie poiché hanno minori entrate e al tempo stesso sostengono costi più elevati per la gestione dei servizi locali"<sup>10</sup>.

Pertanto, la gestione associata di funzioni e servizi sembra comportare, in questo quadro, una serie di vantaggi di rilievo: a) il personale dedicato a specifiche aree risulta più specializzato per cui giunge a risultati di migliore qualità, in minor tempo e, quindi, con maggiore efficacia ed efficienza; b) la specializzazione, fonte e risultato di professionalità,

<sup>9</sup> Così, A. PIRAINO in V. SPAGNUOLO (a cura di), *Piccoli comuni e gestione associata di funzioni e servizi*, 2003.

<sup>10</sup> Così, S. BINDI, *La gestione associata di funzioni e servizi nei piccoli comuni della Toscana*, 2005. In proposito, l'A. rileva come "una delle principali cause dell'inefficienza nella prestazione dei servizi pubblici locali è proprio data dalla inadeguatezza delle dimensioni amministrative dei comuni", per cui "i servizi e le funzioni sono infatti erogati in una dimensione corrispondente a quella in cui storicamente si sono definiti gli enti locali che, però, non necessariamente, è anche quella adeguata all'erogazione di servizi e all'esercizio di funzioni. Se i comuni sono troppo piccoli o troppo grandi danno origine a diseconomie di scala, che non consentono un uso razionale delle risorse disponibili. La conseguenza è che i comuni piccoli sono spinti a indirizzare le proprie risorse per garantire l'esercizio dei servizi e delle funzioni «indispensabili» scegliendo di non attivare altri servizi e funzioni non obbligatori ma ugualmente meritori, quali quelli sociali e culturali. E' quindi generalmente antieconomico che tanti comuni, singolarmente, gestiscano tanti servizi pubblici equivalenti. A maggior ragione, quando questi comuni sono di piccole dimensioni, è più giusto trovare una soglia dimensionale minima per la distribuzione delle risorse sul territorio".

<sup>7</sup> Così, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2008.

<sup>8</sup> Che così recita testualmente: "Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...] p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane".

favorisce la valorizzazione delle competenze; c) l'orientamento ad un bacino territoriale più ampio consente di migliorare l'analisi del fabbisogno e di offrire una risposta più organica e strutturata allo stesso; d) si gestiscono più incisivamente i problemi complessi che esulano da ristretto ambito comunale; e) si realizza uniformità di servizi, garantiti allo stesso modo (nell'accesso e nella prestazione) nei diversi comuni associati, evitando possibili disparità di trattamento; f) a regime e per un ampio ventaglio di servizi sociali, si realizzano economie di scala e si ha minore incidenza di taluni costi sui bilanci dei diversi comuni; g) vi è la possibilità di sviluppare progetti che godono di incentivi statali e regionali ad hoc e si può accedere a risorse finanziarie pubbliche destinate a Enti uniti in una gestione comune dei servizi sociali<sup>11</sup>.

Ed appare, invero, ascrivibile al raggiungimento di questi obiettivi, le disposizioni contenute nell'art. 33 del d. lgs. n. 267/2000 – rubricato “Esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni” – ai sensi del quale: “Al fine di favorire l'esercizio associato delle funzioni dei comuni di minore dimensione demografica, le regioni individuano livelli ottimali di esercizio delle stesse” (co. 2); “Le regioni predispongono, concordandolo con i comuni nelle apposite sedi concertative, un programma di individuazione degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi, realizzato anche attraverso le unioni, che può prevedere altresì la modifica di circoscrizioni comunali e i criteri per la corresponsione di contributi e incentivi alla progressiva unificazione” (co. 3); e, infine, “Al fine di favorire il processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, le regioni provvedono a disciplinare, con proprie leggi, nell'ambito del programma territoriale di cui al comma 3, le forme di incentivazione dell'esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni, con l'eventuale previsione nel proprio bilancio di un apposito fondo” (co. 4).

### 3. Le Forme Associative.

<sup>11</sup> Per questa elencazione, v. K. GIUSEPPONI (a cura di), *Gestione in forma associata dei servizi sociali*, 2009.

Attualmente, le “Forme Associative” tra enti locali – che, come si è appena avuto modo di vedere, le regioni sono chiamate ad incentivare – trovano la loro disciplina nel capo V, del titolo II, della parte I, del “Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali” di cui al citato d. lgs. n. 267/2000. Queste sono essenzialmente riconducibili alle *convenzioni* (art. 30), ai *consorzi* (art. 31), alle *unioni di comuni* (art. 32) e – anche se di minor interesse nell'economia della presente trattazione – agli *accordi di programma* (art. 34).

Come è possibile evincere dalla concreta disciplina normativa dettata dal legislatore, si tratta di modelli associativi di diverso contenuto; anche se, in proposito, è dato notare come “nell'impianto originario (art. 24, l. n. 142/1990) vi erano confini più netti tra le forme associative, poiché l'unione era finalizzata alla fusione tra i comuni, il consorzio era previsto per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica e la convenzione era la forma generale e residuale”<sup>12</sup>.

Quest'ultima, a ben vedere, costituisce la forma più semplice di gestione associata: *i*) non comportando la costituzione di un nuovo soggetto<sup>13</sup> come accade, invece, per il consorzio o l'unione di comuni; *ii*) venendo stipulata per singoli servizi (l'art. 30 parla di “funzioni e servizi determinati”), dei quali definisce *ex ante* tutte le condizioni operative, a differenza, anche qui, di consorzi ed unioni (tramite cui, rispettivamente, l'art. 31 consente “la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni”, e l'art. 32 di “esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni”); e *iii*) potendo essere disposto tra le parti il suo scioglimento in modo meno gravoso rispetto alle altre forme associative.

Tali caratteristiche, invero, rappresentano, di converso, anche i limiti del modello convenzionale, laddove “la definizione *ex ante*

<sup>12</sup> Così, S. CIVITARESE in “Commentario Breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali”, a cura di R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, 2006.

<sup>13</sup> Tale, infatti, non può essere considerato l'ufficio comune eventualmente costituito ai sensi del quarto comma dell'art. 30 TUEL, al quale vengono affidati compiti tecnici o di coordinamento che non comportano imputazione di dichiarazioni di volontà o di giudizio.

richiesta per la sua approvazione ed operativizzazione, se da una parte permette di definire, almeno teoricamente, tutte le condizioni di scambio e di risultato atteso, dall'altro ingessa le potenzialità del processo associativo ad un accordo rigido [...]. Ciò significa che i servizi e le funzioni gestite tramite convenzione sono pressoché privi di capacità di adattamento e sviluppo strategico se nei termini previsti dall'accordo stesso"; con la logica conseguenza che "le convenzioni sono, da questo punto di vista, uno strumento adatto se le condizioni di partenza sono chiare, condivise e se non mutano troppo rapidamente nel tempo" <sup>14</sup>.

All'opposto delle convenzioni si collocano le unioni di comuni, le quali appaiono, a tutti gli effetti, come vere e proprie istituzioni pubbliche con organi di rappresentanza, governo e controllo (Presidente, Giunta e Consiglio), nonché potestà statutaria e regolamentare; con ciò godendo di una maggiore autonomia gestionale nello svolgimento dei compiti loro affidati e, al contempo, patendo le criticità connesse alla necessità di essere accompagnate, per tutto l'arco della loro durata, dal perdurare di un forte accordo politico sotteso.

Sotto tale ultimo profilo, meno implicazioni sembra portare con sé la forma associativa consortile – nelle due distinte tipologie (originariamente) previste del consorzio di gestione (di servizi), cd. "consorzio a struttura imprenditoriale" o "consorzio-azienda" (<sup>15</sup>); e del consorzio di (esercizio di) funzioni, cd. "consorzio burocratico" o "consorzio isti-

tuzionale"<sup>16</sup> – la quale, tendenzialmente, si viene a collocare in posizione di mera strumentalità rispetto agli enti locali consorziati: questi, infatti, ne approvano lo statuto, ne compongono l'assemblea, e ne nominano il consiglio di amministrazione.

#### 4. La gestione in forma associata di servizi.

Per quel che riguarda la gestione attraverso tali forme associative dei servizi pubblici locali, occorre operare una distinzione in base alla rilevanza economica di questi ultimi.

In proposito, l'analisi deve partire dal disposto delle norme dettate in materia nel titolo V della parte I del d. lgs. n. 267/2000, rubricato "Servizi e interventi pubblici locali". L'art. 112, introduttivo di tale titolo, stabilisce che "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".

Diversamente, il successivo art. 113 – nel testo da ultimo modificato dall'art. 14 del d.l. 30.9.2003, n. 269 (convertito in l. 24.11.2003, n. 326) – disciplina l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevedendo, al quinto comma, che questa avvenga "con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica<sup>17</sup>; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a

<sup>14</sup> Così, G. XILO in V. SPAGNUOLO (a cura di), *Piccoli comuni e gestione associata di funzioni e servizi*, 2003.

<sup>15</sup> In proposito, occorre osservare come il primo comma dell'art. 31 TUEL disponga la costituzione dei consorzi "secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114, in quanto compatibili"; mentre il successivo ottavo comma stabilisce che: "Ai consorzi che gestiscono attività di cui all'art. 113-bis [originariamente riferite ai servizi pubblici locali "privi di rilevanza industriale", poi divenuta "rilevanza economica"], si applicano le norme previste per le aziende speciali". Per entrambe tali forme (consorzi ex art. 31, c. 8, cit. ed aziende speciali), tuttavia, l'art. 35 della l. 28.12.2001, n. 448 ("Finanziaria 2002") ha disposto la trasformazione in società di capitali ai sensi dell'art. 115 TUEL.

<sup>16</sup> I consorzi di funzione, invero, sembrano essere stati soppressi ad opera dell'art. 1, c. 1 *quater*, del d.l.25.1.2010, n. 2 (convertito nella l. 26.3.2010, n. 42), di modifica dell'art.2, co. 186, lett. e), della l.23.12.2009, n. 191 ("Finanziaria 2010").

<sup>17</sup> In proposito, occorre tenere presente che la riserva in favore delle società di capitali deve essere disapplicata in forza della sentenza della CGCE 18.12.2007, C-357/06.

*condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".*

Attualmente, tuttavia, tale norma va coordinata – o, meglio, considerata abrogata nelle sue parti incompatibili – con quanto previsto dall'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito in l. 6.8.2008, n. 133) – nel testo modificato dall'art. 35 del d.l.25.9.2009, n. 135 (convertito in l.20.11.2009, n. 166) – in base al quale: *“Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 %. (co. 2). In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al co. 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (co. 3)”*.

Infine, deve richiamarsi anche l'art. 114 TUEL, il cui secondo comma – che prevede la forma della “istituzione” quale “organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale” – è stato oggetto di una recente decisione del CdS, che ha affermato come *“l'affidamento di un servizio pubblico all'istituzione integra una fattispecie nella quale, pur non provvedendo l'ente direttamente alla gestione del servizio, si utilizza uno strumento organizzativo che fa capo all'ente stesso attraverso le forme di collegamento e sovraordinazione stabilite dall'art. 114 d. lgs. n. 267/2000 e quindi difforme dall'affidamento del servizio ad un soggetto del tutto estraneo all'amministrazione comunale, quale potrebbe essere l'ipotesi di una società. Infatti, le istituzioni, seppure dotate di autonomia gestionale, quali organismi strumentali sono soggetti istituzionalmente dipendenti dagli enti locali e sono parte dell'apparato amministrativo che fa capo al comune; come tali, le stesse possono, nell'ambito degli speciali moduli convenzionali o consorziali tra enti locali previsti dalle norme legislative e regolamentari, essere affidatarie di servizi pubblici sociali privi di rilevanza economica per la gestione comune tra più enti locali”*<sup>18</sup>.

Nell'articolato quadro normativo così ricostruito, pertanto, la rilevanza economica di un servizio pubblico locale sembra essere incompatibile con la gestione di questo in forma associata<sup>19</sup>. In proposito, e con particolare

<sup>18</sup> Così, CdS, V, n.6529/2010 (massimata su questa Rivista).

<sup>19</sup> Sul punto, si rinvia nuovamente alla citata sent. CdS, V, n. 6529/2010; la quale, dopo aver osservato che *“Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza non si può dunque, alla stregua della ... giurisprudenza costituzionale e della ... giurisprudenza comunitaria ... 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 –*

riferimento allo strumento della convenzione,

*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 ... disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni*"; ha così concluso: *"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"*.

è stato sostenuto che *"può essere fonte di disciplina delle modalità di gestione di un servizio, ma non una modalità di gestione"*<sup>20</sup>. Allo stesso modo, deve ritenersi ormai superata anche la possibilità di ricorrere alla forma consortile, *sub specie* del consorzio-azienda, dopo che l'art. 35 della l. 28.12.2001, n. 448 (Finanziaria 2002), nel modificare – una prima volta – il testo dell'art. 113 cit., ha imposto agli enti locali la trasformazione dei consorzi *"che gestiscono attività di cui al comma 1 dell'art. 113 ... in società di capitali ai sensi dell'art. 115"*.

<sup>20</sup> Così, S. CIVITARESE in *"Commentario Breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali"*, a cura di R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, 2006.

# OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE:

## DISCIPLINA DEI PAGAMENTI NEI CONTRATTI PUBBLICI DI FORNITURE E SERVIZI

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

*Determinazioni n. 8 del 18.11.2010 e n. 10 del 22.12.2010 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture*

A seguito dell'entrata in vigore (7.9.2010) del "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia", contemplato dalla l. 13.8.2010, n. 136 e dall'adozione del secondo "Pacchetto Sicurezza" (d.l. 12.11.2010, n. 187), l'Autorità ha dettato delle prime indicazioni in materia di tracciabilità dei flussi finanziari con la determinazione n. 8 del 18.11.2010. Successivamente, prendendo spunto dal fatto che il d.l. n. 187/2010 è stato convertito con modificazioni in l.17.12.2010 n. 217, è stata emanata una seconda determinazione (la n. 10 del 22.12.2010) con cui l'Autorità ha diffuso ulteriori indicazioni operative volendo rispondere alle maggiori problematiche segnalate dalle stazioni appaltanti e dagli operatori economici.

Tratteremo, perciò, brevemente queste due ultime determinazioni, tenendo presente che la norma di riferimento (art. 3, co.1, della l. n. 136/2010, come modificato dall'art. 7, co.1, lett. a), n.1 del d.l. n. 187/2010), stabilisce che "per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, fermo restando quanto previsto dal co. 5, alle commesse pubbliche. Tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori,

ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti di cui al primo periodo devono essere registrati sui conti correnti dedicati e, salvo quanto previsto al co. 3, devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni". Il successivo co. 2 estende gli obblighi di tracciabilità anche ai pagamenti "destinati a dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali nonché quelli destinati alla provvista di immobilizzazioni tecniche", che devono essere eseguiti tramite conto corrente dedicato "anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto (...)".

### **Determinazione n. 8 del 18.11.2010.**

*Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, l. 13.8. 2010, n. 136, come modificato dal d.l. 12.11.2010, n. 187*

#### **1. Entrata in vigore.**

L'Autorità ha anzitutto affrontato il tema della applicabilità della normativa ai contratti di appalto già stipulati prima dell'entrata in vigore della legge, posto che la stessa non conteneva una disciplina transitoria. Tale lacuna è stata colmata dall'art. 6, co. 1, del d.l. n. 187/2010 il quale dispone che "l'articolo 3 della l. 13.8.2010 n. 136 si interpreta nel senso che le disposizioni ivi contenute si applicano ai contratti indicati dallo stesso articolo

3 sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge e ai contratti di subappalto e ai subcontratti da essi derivanti". Di conseguenza, devono, in primo luogo, ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità i contratti da sottoscrivere dopo l'entrata in vigore della legge, ancorché relativi a bandi pubblicati in data antecedente all'entrata in vigore della legge stessa.

In secondo luogo, per i contratti antecedenti alla data di entrata in vigore della l. n. 136/2010, viene ora prevista una norma transitoria *ad hoc*, secondo la quale detti contratti - ed i contratti di subappalto ed i subcontratti da essi derivanti - "sono adeguati alle disposizioni di cui all'art. 3 (...) entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge". La previsione impone, quindi, un adeguamento di tutti i contratti in essere alla data del 7.9.2010 alle nuove disposizioni entro il termine del 7.3.2011. Da ciò discende che, prima della scadenza di tale termine (7.3.2011), le stazioni appaltanti potranno legittimamente effettuare, in favore degli appaltatori, tutti i pagamenti richiesti in esecuzione di contratti, sottoscritti anteriormente al 7.9.2010, anche se sprovvisti della clausola relativa alla tracciabilità; dopo il 7.3.2011, i contratti che non riporteranno la clausola relativa alla tracciabilità saranno nulli e, pertanto, inidonei a produrre alcun effetto giuridico ai sensi del co. 8 dell'art. 3, che prevede l'inserimento "a pena di nullità" di una clausola nel contratto principale (sottoscritto con la stazione appaltante) avente ad oggetto l'assunzione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

In sostanza, i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della l. n. 136/2010 che devono *ab origine* contenere la clausola di tracciabilità; quelli sottoscritti prima di tale data, invece, devono essere adeguati entro centoottanta giorni.

### 3. Ambito di applicazione.

Gli artt. 3 e 6 del Piano straordinario contro le mafie si rivolgono agli appaltatori, ai subappaltatori e ai subcontraenti della filiera delle imprese, nonché ai concessionari di finanziamenti pubblici. Quindi la tracciabilità

dei flussi finanziari trova applicazione ai seguenti contratti:

1) contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, anche quelli esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, di cui al Titolo II, Parte I dello stesso;

2) concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi *ex art.* 30 del codice dei contratti;

3) contratti di partenariato pubblico - privato, ivi compresi i contratti di locazione finanziaria;

4) contratti di subappalto e subfornitura;

5) contratti in economia, ivi compresi gli affidamenti diretti.

Mentre ne sono tenuti all'osservanza tutti i soggetti obbligati all'applicazione del codice dei contratti pubblici e, cioè, le stazioni appaltanti, definite all'art. 3, co. 33, del codice dei contratti come le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'art. 32, ovvero sia le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti. Sono, inoltre, sottoposti agli obblighi *ex art.* 3 gli enti aggiudicatori di cui all'art. 207 del codice dei contratti pubblici, ivi incluse le imprese pubbliche. Nonché i soggetti privati (cd. "filiera delle imprese"), interessati a qualsiasi titolo ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche (con contratti di subappalto o con subcontratti) e, quindi, tutti i soggetti in qualche misura coinvolti nella esecuzione della prestazione principale oggetto del contratto. Precisa, a tal proposito, l'*Authority* che se tale è la *ratio*, ciò che deve essere tenuto in considerazione non è tanto il grado di affidamento o sub affidamento, bensì la tipologia di affidamento (subappalto o subcontratto necessario a qualsiasi titolo per l'esecuzione del contratto principale), a prescindere dal livello al quale lo stesso viene effettuato, rientrando nella normativa, a titolo esemplificativo, per gli appalti di lavori pubblici, i noli a caldo, noli a freddo, forniture di ferro, forniture di calcestruzzo/cemento, forniture di inerti, trasporti, scavo e movimento terra, smaltimento terra e rifiuti, espropri, guardiania, progettazione, mensa di cantiere, pulizie di cantiere.

Si precisa, poi, che, per quanto concerne gli operatori economici soggetti agli obblighi di tracciabilità, non assumono rilevanza né la forma giuridica né il tipo di attività svolta. Al contrario, non rientrano nell'ambito applicativo della norma le spese sostenute dai casieri, utilizzando il fondo economale, non a fronte di contratti di appalto. A titolo puramente esemplificativo, possono rientrare nella casistica in esame imposte, tasse e altri diritti erariali, spese postali, valori bollati, anticipi di missione, nonché le spese sostenute per l'acquisto di materiale di modesta entità e di facile consumo, di biglietti per mezzi di trasporto, di giornali e pubblicazioni periodiche. Queste spese, pertanto, potranno essere effettuate con qualsiasi mezzo di pagamento, nel rispetto delle norme vigenti.

La disposizione estende gli obblighi di tracciabilità, tra i quali l'utilizzo di conti correnti dedicati, ai concessionari di finanziamenti pubblici, inclusi i finanziamenti europei, tra i quali rientrano i soggetti, anche privati, destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento indipendentemente dall'importo.

#### **4. Indicazioni generali sulle modalità di attuazione della tracciabilità.**

Il co. 1 dell'art. 3 della l. n. 136 prevede, per i soggetti sopra indicati, i seguenti obblighi:

a. utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva. Ne consegue che sia pagamenti effettuati dalla stazione appaltante a favore dell'appaltatore sia quelli effettuati dall'appaltatore nei confronti dei subcontraenti e da questi ad altri operatori economici devono transitare su conto corrente dedicato; in altri termini, la norma stabilisce, quale obbligo a carico degli operatori della filiera, l'apertura di conti correnti bancari o postali dedicati, sui quali andranno effettuate le operazioni sia in entrata che in uscita (pagamenti ed incassi);

b. effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle medesime commesse pubbliche esclusivamente con lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero con altri strumenti

di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;

c. indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della l. 16.1.2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

Sono state fornite anche le seguenti indicazioni operative circa tali prescrizioni.

1. Con riguardo al conto corrente dedicato, il d.l. n. 187/2010 ha chiarito (art. 6, co. 4) che l'espressione "*anche in via non esclusiva*" si interpreta nel senso che "*ogni operazione finanziaria relativa a commesse pubbliche deve essere realizzata tramite uno o più conti correnti bancari o postali, utilizzati anche promiscuamente per più commesse, purché per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione di cui co. 7 del medesimo art. 3 circa il conto o i conti utilizzati, e nel senso che sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate*". Pertanto, i conti correnti dedicati alle commesse pubbliche possano essere adoperati contestualmente anche per operazioni che non riguardano, in via diretta, il contratto cui essi sono stati dedicati. Ad esempio, un'impresa che opera anche nell'edilizia privata può utilizzare il conto corrente dedicato ad un appalto pubblico per effettuare operazioni legate alla costruzione di un edificio privato. In altri termini, non tutte le operazioni che si effettuano sul conto dedicato devono essere riferibili ad una determinata commessa pubblica, ma tutte le operazioni relative a questa commessa devono transitare su un conto dedicato. È, altresì, ammesso dedicare più conti alla medesima commessa, così come dedicare un unico conto a più commesse. Gli operatori economici, inoltre, possono indicare come conto corrente dedicato anche un conto già esistente, conformandosi tuttavia alle condizioni normativamente previste.

2. Per quanto riguarda i pagamenti di cui al comma 1 dell'art. 3 della l. n. 136/2010, il d.l. n. 187/2010 ha previsto la possibilità di adottare strumenti di pagamento anche differenti dal bonifico bancario o postale, "*purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni*". Al riguardo, si precisa che

il requisito della piena tracciabilità sussiste per le c.d. Ri.Ba. (Ricevute Bancarie Elettroniche); queste ultime costituiscono un servizio di pagamento, prevalentemente usato tra imprese per la riscossione di crediti commerciali, che consente al creditore di sostituire le tradizionali ricevute bancarie cartacee con un flusso elettronico di informazioni. Sussiste, peraltro, in questo caso, un vincolo relativo alla circostanza che il CUP e il CIG siano inseriti fin dall'inizio dal beneficiario invece che dal pagatore: la procedura ha avvio, infatti, con la richiesta da parte del creditore, prosegue con un avviso al debitore e si chiude con l'eventuale pagamento che può essere abbinato alle informazioni di flusso originariamente impostate dal creditore. Diversa appare la situazione che connota, allo stato, il servizio di pagamento RID (Rapporti Interbancari Diretti) che attualmente non consente di rispettare il requisito della piena tracciabilità. Il RID costituisce il principale servizio di addebito preautorizzato offerto in Italia; esso consente di effettuare l'incasso di crediti derivanti da obbligazioni contrattuali che prevedono pagamenti di tipo ripetitivo e con scadenza predeterminata e presuppone una preautorizzazione all'addebito in conto da parte del debitore. Il flusso telematico che attualmente gestisce il RID non sembra in grado di gestire i codici. E' in corso di valutazione la possibilità di realizzare soluzioni tecniche alternative: tra queste, l'abbinamento univoco dei codici alla delega RID all'atto di attivazione del rapporto, con successiva gestione della fase di riscontro nell'ambito della c.d. "procedura di allineamento elettronico degli archivi". Si segnala, altresì, che lo strumento paneuropeo assimilabile al RID - il *SEPA Direct Debit*, le cui specifiche sono definite nell'ambito del *Rulebook* redatto dallo *European Payment Council* - reca un campo libero facoltativo nel quale potrebbero essere presumibilmente ospitati i codici in parola. Questo strumento non è ancora diffuso: ove divenisse di ampio utilizzo si potrà valutare la sua concreta adeguatezza a rispettare il requisito della piena tracciabilità.

E' peraltro onere dei soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità conservare la documentazione attestante

l'assolvimento degli obblighi. L'Autorità ha precisato, infine, che l'obbligo di cui all'articolo 3, comma 5, è da intendere posto a carico anche della stazione appaltante, che deve riportare il CIG (e, ove necessario, il CUP) nei mandati di pagamento all'appaltatore o al concessionario di finanziamenti pubblici.

#### **5. Richiesta ed indicazione del codice identificativo di gara (CIG) e del codice unico di progetto (CUP).**

L'art. 7, co. 4, del d.l. n. 187/2010 ha sostituito il co. 5 dell'art. 3 stabilendo che, "*ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui al co. 1, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP)*". Pertanto, il CIG - codice che identifica il singolo affidamento nell'ambito del progetto, a fronte del quale si esegue il pagamento, e il riferimento alla eventuale voce di spesa del quadro economico del progetto - è divenuto obbligatorio, ai fini di tracciabilità dei flussi finanziari, in relazione a ciascun contratto pubblico avente ad oggetto lavori, servizi e forniture, a prescindere dall'importo dello stesso e dalla procedura di affidamento prescelta e, quindi, anche per i contratti di cui all'art. 17 del codice dei contratti pubblici.

Il CIG deve essere richiesto dal responsabile unico del procedimento (cfr., sul punto, comunicato del Presidente dell'Autorità del 7 settembre scorso) in un momento antecedente all'indizione della procedura di gara, in quanto il codice deve essere indicato nel bando ovvero, nel caso di procedure senza previa pubblicazione di bando, nella lettera di invito a presentare offerta.

Il CIG dovrà poi essere inserito nella richiesta di offerta comunque denominata e, in ogni caso, al più tardi, nell'ordinativo di pagamento.

In tutti i casi in cui non vi è per la stazione

appaltante l'obbligo della contribuzione nei confronti dell'Autorità, del pari, il CIG deve essere indicato, al più tardi nell'ordinativo di pagamento, qualora il contratto sia eseguito in via d'urgenza e non vi sia la possibilità di inserirlo nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata.

Con riguardo ai contratti stipulati nell'ambito del sistema delle convenzioni CONSIP (art. 26 della l. 23.12.1999, n. 488) e, più in generale, con riguardo agli accordi quadro, oltre all'obbligo di richiesta del CIG per la stipula della convenzione o dell'accordo, le amministrazioni che vi aderiscono sono tenute a richiedere un distinto CIG per ogni specifico contratto stipulato a valle, che andrà poi indicato nei pagamenti a fini di tracciabilità. Nella richiesta di tale CIG "derivato", è, però, necessario fare riferimento al CIG relativo alla convenzione o all'accordo quadro. Il CUP, in aggiunta al CIG, è invece obbligatorio, "per la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti pubblici" con riguardo a "ogni nuovo progetto di investimento pubblico" (art. 11, della l. n. 3/2003 citata), senza alcuna indicazione di importo. La nozione rilevante ai fini del rilascio del CUP è quella individuata nelle delibere adottate dal CIPE in materia (cfr. in particolare, la delibera 27.12.2002, n. 143, come integrata dalla delibera 19.12.2003, n. 126 e dalla delibera 29.9.2004, n. 24).

## 6. Gestione dei movimenti finanziari.

### 6.1 Pagamenti di dipendenti, consulenti, fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese generali e provvista di immobilizzazioni tecniche.

L'art. 3, co. 2, prevede che devono transitare sui conti correnti dedicati anche le movimentazioni verso conti non dedicati, quali:

- stipendi (emolumenti a dirigenti e impiegati);
- manodopera (emolumenti a operai);
- spese generali (cancelleria, fotocopie, abbonamenti e pubblicità, canoni per utenze e affitto);
- provvista di immobilizzazioni tecniche;
- consulenze legali, amministrative, tributarie e tecniche.

Si deve provvedere a tali pagamenti attraverso un conto corrente dedicato, anche non in via esclusiva, ad uno o più contratti pubblici.

Con riferimento tali pagamenti si ritiene che non vada indicato il CIG/CUP.

I pagamenti di cui al co. 2 dell'art. 3 devono essere eseguiti tramite conto corrente dedicato, anche con "strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto", essendo escluso il ricorso al contante per ogni tipo di operazione e per qualunque importo.

Oltre agli strumenti già indicati nel par. 4, l'utilizzo di assegni bancari e postali può ritenersi consentito solo al ricorrere di tutte le seguenti condizioni: a) i soggetti ivi previsti non siano in grado di accettare pagamenti a valere su un conto corrente (o conto di pagamento); b) il conto su cui vengono tratti i titoli sia un conto dedicato; c) i predetti titoli vengano emessi muniti della clausola di non trasferibilità (non è necessario che sugli stessi venga riportato il CUP e il CIG).

### 6.2 Pagamenti in favore di enti previdenziali assicurativi, istituzionali, in favore dello Stato o di gestori o fornitori di pubblici servizi.

Ai sensi del co. 3 dell'art. 3 della l. n. 136/2010 possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico i pagamenti per:

- imposte e tasse;
- contributi INPS, INAIL, Cassa Edile;
- assicurazioni e fidejussioni stipulate in relazione alla commessa;
- gestori e fornitori di pubblici servizi (per energia elettrica, telefonia, ecc.).

Tali pagamenti devono essere obbligatoriamente documentati e, comunque, effettuati con modalità idonee a consentire la piena tracciabilità delle transazioni finanziarie (cfr. art. 6, co. 5, del d.l. n. 187/2010), senza l'indicazione del CIG/CUP.

Oltre agli strumenti già indicati nel par. 4, per tali esborsi possono essere utilizzate le carte di pagamento, purché emesse a valere su un conto dedicato.

Per quanto riguarda, poi, l'espressione "spese giornaliere, di importo inferiore o u-

guale a 500 euro” di cui al co. 3, secondo periodo, dell’art. 3 della l. n. 136/2010, essa va interpretata nel senso che la soglia indicata di 500 euro è riferita all’ammontare di ciascuna spesa e non al complesso delle spese sostenute nel corso della giornata.

### **6.3 Spese estranee al contratto pubblico cui si riferisce il conto corrente dedicato.**

In base al co. 4 dell’art. 3, come modificato dall’art. 7 del d.l. n. 187/2010, “*ove per il pagamento di spese estranee ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1 sia necessario il ricorso a somme provenienti da conti correnti dedicati di cui al medesimo comma 1, questi ultimi possono essere successivamente reintegrati mediante bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni*”. La previsione deve essere letta in connessione con la facoltà, sancita dal co. 2, di impiegare il conto corrente dedicato anche per pagamenti non riferibili in via esclusiva alla realizzazione degli interventi per i quali è stato rilasciato il CIG.

In detta evenienza, qualora l’operatore economico intenda reintegrare i fondi del conto dedicato, lo potrà fare solo mediante bonifico bancario o postale o con altri strumenti idonei a garantire la tracciabilità, nei termini già esposti.

### **7. Comunicazioni.**

E’ stabilito (art. 3, co. 7, come modificato) che i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità comunichino alla stazione appaltante:

- gli estremi identificativi dei conti correnti bancari o postali dedicati, con l’indicazione dell’opera/servizio/fornitura alla quale sono dedicati;
- le generalità e il codice fiscale delle persone delegate ad operare sugli stessi;
- ogni modifica relativa ai dati trasmessi.

La comunicazione deve essere effettuata entro sette giorni dall’accensione del conto corrente ovvero, nel caso di conti correnti già esistenti, “*dalla loro prima utilizzazione in*

*operazioni finanziarie relative ad una commessa pubblica*” (cfr. art. 3, co.7 come modificato dall’art. 7, co.1, lett. a), n. 6 del d.l. n. 187/2010).

L’omessa, tardiva o incompleta comunicazione degli elementi informativi di cui all’art. 3, co. 7, comporta, a carico del soggetto inadempiente, l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro (art. 6, co. 4, della l. n. 136/2010).

Al fine di permettere alle stazioni appaltanti di assolvere all’obbligo di verifica delle clausole contrattuali, sancito dal comma 9 dell’art. 3, i soggetti tenuti al rispetto delle regole di tracciabilità, tramite un legale rappresentante o soggetto munito di apposita procura, devono inviare alla stazione appaltante copia di tutti i contratti sottoscritti con i subappaltatori ed i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture.

La determinazione contiene anche lo schema della clausola da inserire nel contratto tra stazione appaltante ed appaltatore (allegato 1) e lo schema della clausola da inserire nel contratto tra appaltatore e subappaltatore/subcontraente

### **Determinazione n. 10 del 22.12.2010.**

*Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari*

La presente determinazione fa seguito alla determinazione n. 8 posto che al d.l. n. 187/2010 sono state inserite delle modificazioni in sede di conversione in legge (l. n. 217/2010).

### **1. Regime transitorio.**

Per quanto riguarda i contratti sottoscritti prima del 7.9.2010, l’art. 6 co. 2 del d.l. n. 187/2010, come modificato dalla l. n. 217/2010, prescrive che gli stessi siano adeguati alle norme sulla tracciabilità entro centottanta giorni “*dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*”. La medesima norma prevede, poi, che tali contratti, ai sensi dell’art. 1374 c.c., “*si intendono automaticamente integrati con le clausole di tracciabilità previste dai commi 8 e 9 del citato art. 3 della l. n. 136 del 2010 e*

*successive modificazioni*”. L’art. 1374 c.c. stabilisce che il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità.

Con specifico riguardo agli obblighi di tracciabilità, in conseguenza di tale previsione, qualora alla scadenza del periodo transitorio le parti non abbiano proceduto ad adeguare i contratti su base volontaria, detti contratti saranno automaticamente integrati senza necessità di sottoscrivere atti negoziali supplementari e/o integrativi.

Il meccanismo di integrazione automatica, valido sia per i contratti principali che per i contratti a valle, è quindi idoneo ad evitare la grave conseguenza della nullità assoluta dei contratti sprovvisti delle clausole della tracciabilità alla scadenza del periodo transitorio, sancita dal co. 8 dell’art. 6 della l. n. 136/2010, consentendo altresì di abbattere gli elevati costi connessi.

## **2. Ambito di applicazione.**

Viene ribadito che le norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applicano in tutti i casi in cui sia stipulato un contratto d’appalto pubblico tra operatore economico e committente pubblico, indipendentemente dall’esperimento o meno di una gara per l’affidamento dell’opera o del servizio e senza deroghe per gli appalti di modico valore.

Uguualmente, la disposizione si applica ai concessionari di lavori pubblici e di servizi, dal momento che la normativa comunitaria ed il codice dei contratti definiscono la concessione quale *“contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, ... che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico ... ad eccezione del fatto che il corrispettivo .. consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera (o i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo ...”*.

Si precisa che, per quanto riguarda i corrispettivi incassati dai concessionari di servizio pubblico, corrisposti dagli utenti (ad esempio TARSU), gli stessi possono essere versati con qualsiasi strumento di pagamento, ivi incluso il contante. Detti pagamenti devono, comunque, essere effettuati sul conto corrente dedi-

cato, indicato dal concessionario al committente.

Sulla base di tali considerazioni, la normativa sulla tracciabilità si applica, in prima battuta, ai contratti di concessione e di appalto posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori e dai soggetti aggiudicatori aventi ad oggetto l’acquisizione di lavori, servizi e forniture e sottoposti alla disciplina del codice dei contratti.

Sono inclusi nella normativa i flussi finanziari derivanti dai contratti stipulati dalle imprese pubbliche nell’ambito dei settori *“speciali”* individuati dalla dir. 2004/17/CE e dal codice, parte III, mentre sono da ritenersi esclusi i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche al di fuori di tali attività. Tale conclusione appare estendibile anche ai contratti che si riferiscono ad attività sottratte successivamente, in base ad una decisione della Commissione europea, al campo di applicazione della dir. 2004/17/CE e del codice in quanto *“direttamente esposti alla concorrenza”* (art. 30 della dir. 2004/17/CE e art. 219 del codice dei contratti).

Al fine di evitare elusioni della normativa sulla tracciabilità, quest’ultima trova altresì applicazione ai flussi finanziari relativi a contratti di appalto affidati direttamente da un ente aggiudicatore o da un concessionario di lavori pubblici ad imprese collegate, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 218 e 149 del codice dei contratti.

### **2.1 Contratti di servizi esclusi di cui al titolo II, parte I, del codice dei contratti.**

La normativa sulla tracciabilità trova applicazione anche con riguardo ai contratti esclusi di cui al titolo II, parte I, del codice dei contratti, purché gli stessi siano riconducibili alla fattispecie dell’appalto. Ad esempio, sono da ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti previsti dagli artt. 16 (contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico), 17 (contratti segreti o che si esigono particolari misure di sicurezza) e 18 (contratti aggiudicati in base a norme internazionali). Parimenti, devono ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi non prioritari compresi nell’allegato II B a

cui, come è noto, si applicano, solo alcune disposizioni del codice dei contratti.

L'Autorità ha esternato anche alcune puntualizzazioni con riguardo all'art. 19, co. 1 del codice dei contratti che contempla una molteplicità di figure contrattuali eterogenee, non tutte qualificabili come contratti d'appalto; affermando che, sempre a titolo esemplificativo, gli obblighi di tracciabilità non si estendono ai contratti di lavoro conclusi dalle stazioni appaltanti con i propri dipendenti (articolo 19, co. 1, lett. e) ed alle figure agli stessi assimilabili (ad esempio, la somministrazione di lavoro con le pubbliche amministrazioni, disciplinata dagli art. 20 e ss. del d. lgs. del 10.9. 2003, n. 276, così come il lavoro temporaneo ai sensi della l. 24.6.1997 n. 196). Parimenti esclusi dal perimetro di applicazione della tracciabilità sono i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni (art. 19, co.1, lett. a), nonché concernenti i servizi di arbitrato e conciliazione (art. 19, co. 1, lett. c). Sono invece soggetti alla tracciabilità i contratti pubblici di cui all'art.19, co.1 che sono appalti di servizi, quali i servizi finanziari menzionati alla lettera a), secondo periodo, ed i contratti di ricerca e sviluppo di cui alla lett.f).

Quanto al secondo comma dell'art. 19, lo stesso esclude l'applicazione del codice dei contratti agli *"appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato"*. Si ritiene, al riguardo, in considerazione della *ratio* della l. n. 136/2010, che detti appalti non siano soggetti agli obblighi di tracciabilità in quanto contenuti in un perimetro pubblico, ben delimitato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, tali da rendere *ex se* tracciati i rapporti, anche di natura finanziaria, intercorrenti tra le amministrazioni aggiudicatrici.

## **2.2 Amministrazione diretta e cottimo fiduciario, affidamenti in house e società miste.**

Gli obblighi di tracciabilità non trovano applicazione nel caso di svolgimento di prestazioni di lavori, servizi e forniture in economia tramite amministrazione diretta *ex art.* 125, co. 3, del codice dei contratti. Tale ipotesi si configura quando la stazione appaltante provvede all'esecuzione con materiali e mezzi propri o appositamente noleggiati o acquistati e con personale proprio, sotto la direzione del responsabile del procedimento. Il ricorso all'istituto in commento non integra, pertanto, la fattispecie del contratto d'appalto con un operatore economico.

Diversamente, sono soggette alla tracciabilità le procedure di cottimo fiduciario.

Devono ritenersi escluse dall'ambito di applicazione della l. n. 136/2010 anche le movimentazioni di danaro derivanti da prestazioni eseguite in favore di pubbliche amministrazioni da soggetti, giuridicamente distinti dalle stesse, ma sottoposti ad un controllo analogo a quello che le medesime esercitano sulle proprie strutture (cd. *affidamenti in house*), in quanto, in tale caso, assume rilievo la modalità organizzativa dell'ente pubblico, risultando non integrati gli elementi costitutivi del contratto d'appalto per difetto del requisito della terzietà.

Si è rilevato, inoltre, che la procedura di selezione del socio privato di una società mista con contestuale affidamento del servizio al socio stesso (cd. *socio operativo*), è soggetta alla tracciabilità, non potendo essere esclusa dall'ambito di applicazione della l. n. 136/2010: conseguentemente, per tale fattispecie, è necessario richiedere il CIG all'Autorità.

## **2.3 Utilizzo del fondo economale.**

E' confermato che per le spese effettuate dai cassieri, utilizzando il fondo economale, deve ritenersi consentito da parte delle stazioni appaltanti l'utilizzo di contanti, nel rispetto della normativa vigente.

## **2.4 Contratti pubblici di servizi assicurativi ed indennizzi per espropriazioni.**

I risarcimenti eventualmente corrisposti dalle imprese assicuratrici appaltatrici a terzi soggetti danneggiati dalle stazioni appaltanti assicurate non sono soggetti agli obblighi di tracciabilità, in quanto non equiparabili, detti terzi soggetti, agli appaltatori, subappaltatori e subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici.

### **2.5 Raggruppamenti temporanei di imprese.**

Sulla base della ricostruzione dell'istituto del raggruppamento di impresa, l'Autorità conclude che ciascun componente del raggruppamento è tenuto ad osservare, in proprio e nei rapporti con eventuali subcontraenti, gli obblighi derivanti dalla l. n. 136/2010, anche al fine di non interrompere la concatenazione di flussi tracciati tra stazione appaltante e singoli subcontraenti. Pertanto, la mandataria dovrà rispettare nei pagamenti effettuati verso le mandanti le clausole di tracciabilità che andranno, altresì, inserite nel contratto di mandato.

Le medesime considerazioni valgono in relazione ai consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 34, co. 1, lett. e) del codice dei contratti.

Si ritiene che siano sottoposti a tracciabilità anche i flussi finanziari nell'ambito delle società tra i imprese riunite a valle dell'aggiudicazione *ex art. 96 del d.P.R. 21.12.1999, n. 554 (art. 93 d.P.R. 5.10.2010, n. 207)*.

### **2.6 Cauzioni.**

Possono essere eseguiti con strumenti diversi dal bonifico, purché idonei ad assicurare la piena tracciabilità, i pagamenti per fidejussioni stipulate dagli operatori economici in relazione alla commessa (ad esempio, la cauzione definitiva). Per tali pagamenti, inoltre, non deve essere indicato il CIG/CUP. Resta fermo l'onere di conservare idonea documentazione probatoria.

### **2.7 Incarichi di collaborazione.**

Non si ritengono soggetti agli obblighi di tracciabilità gli incarichi di collaborazione *ex art. 7, co. 6, del d. lgs. 30.3.2001 n. 165 ("Norme generali sull'ordinamento del lavoro*

*alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche")*. Trattasi dei contratti d'opera, previsti dall'art. 2222 c.c. - che hanno ad oggetto un *facere* a favore del committente, senza vincolo di subordinazione - e con lavoro prevalentemente proprio.

### **2.8 Cessioni di credito.**

La normativa sulla tracciabilità si applica anche ai movimenti finanziari relativi ai crediti ceduti, quindi tra stazione appaltante e cessionario, il quale deve conseguentemente utilizzare un conto corrente dedicato.

### **3. Richiesta ed indicazione del codice identificativo di gara (CIG) e del codice unico di progetto (CUP).**

Come già detto, il CIG rappresenta il codice che identifica il singolo affidamento nell'ambito del progetto, a fronte del quale si esegue il pagamento, mentre il CUP è necessario per assicurare la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti pubblici, in riferimento ad ogni nuovo progetto di investimento pubblico. Pertanto, si comprende che i due codici rispondono ad esigenze diverse. Il CIG è divenuto ora lo strumento, insieme al CUP, su cui è imperniato il sistema della tracciabilità dei flussi di pagamento; quindi, in considerazione di questa nuova funzione, la richiesta del CIG è obbligatoria per tutte le fattispecie contrattuali di cui al Codice dei contratti, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente adottata e dall'importo del contratto.

In caso di pagamenti per prestazioni comprese in subcontratti/forniture che rientrano nella filiera e che siano destinate a più contratti di appalto, ciò che rileva è inserire il CIG afferente al flusso finanziario che viene concretamente movimentato.

Quindi, se il flusso finanziario che occorre per pagare quel subcontratto proviene da un contratto d'appalto, è sufficiente indicare quel CIG ancorché la fornitura è materialmente utilizzata per l'esecuzione anche di altri contratti d'appalto.

Per quanto riguarda gli acquisiti destinati a magazzino, qualora il flusso finanziario per il pagamento non derivi da un contratto di appalto pubblico, non è ovviamente necessaria

l'indicazione di un CIG, fermo restando che tali materiali possono comunque essere impiegati anche per l'esecuzione di appalti pubblici.

In ogni caso, in relazione alla possibile individuazione di soluzioni operative diverse da quelle sopra prospettate, occorre sempre tenere presente la necessità di garantire la più volte richiamata finalità della norma, assicurando la piena tracciabilità dei flussi all'interno della filiera e il controllo *ex post* sui flussi finanziari.

Per quanto concerne, poi, gli acquisti effettuati sulla base di accordi quadro, a cui le pubbliche amministrazioni possono aderire mediante l'emissione di ordinativi di fornitura, si rappresenta la necessità che tutti i contratti attuativi, posti in essere dalle amministrazioni in adesione all'accordo quadro, comportino l'emissione di un nuovo CIG ("*CIG derivato*") che identificherà lo specifico contratto e che sarà richiesto dalle singole amministrazioni le quali lo riporteranno nei rispettivi pagamenti ai fini dell'ottemperanza agli obblighi scaturenti dalla normativa sulla tracciabilità.

Le precisazioni fornite valgono nell'ipotesi in cui il sottoscrittore dell'accordo quadro sia soggetto diverso da quello che effettuerà, in un momento successivo, i singoli ordini/buoni di consegna, comunque denominati. Se, invece, i due soggetti coincidono – e, cioè, il soggetto che stipula l'accordo quadro e il soggetto che pone in essere i singoli ordinativi/buoni a valle - è sufficiente richiedere il CIG solo per l'accordo quadro e riportare tale

CIG sul singolo ordine/buono di consegna.

Nel caso di una gara divisa in più lotti per semplificare gli oneri a carico degli operatori economici risultati aggiudicatori di svariati lotti, nei mandati di pagamento è sufficiente indicare il CIG di uno dei lotti per cui si sta procedendo al versamento della somma; ciò evita di dover riportare l'elenco completo di tutti i CIG dei lotti interessati. Rimane tuttavia ferma la prescrizione per cui, nella stipulazione del contratto a valle della aggiudicazione della gara, occorre indicare puntualmente tutti i lotti che l'operatore economico si è aggiudicato ed i relativi CIG.

#### **4. Comunicazione degli estremi del conto corrente dedicato.**

Considerato che un fornitore può avere una molteplicità di contratti stipulati con la medesima stazione appaltante, è ammissibile che lo stesso comunichi il "*conto corrente dedicato*" una sola volta valevole per tutti i rapporti contrattuali.

Con tale comunicazione l'appaltatore deve segnalare che, per tutti i rapporti giuridici che verranno instaurati con la medesima stazione appaltante (presenti e futuri), si avvarrà - fatte salve le eventuali modifiche successive - di uno o più conti correnti dedicati (indicandone puntualmente gli estremi identificativi) senza necessità di formulare apposite comunicazioni per ciascuna commessa.

Tale forma di comunicazione può essere effettuata sia per le eventuali commesse precedenti al 7.9.2010 che per le commesse successive.

## GIURISPRUDENZA

### - CONTRATTI PUBBLICI -

degli Avv.ti Eneide Grattacaso, Paola Tria e del Dott. Francesco Mambrini

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.1.2011, n. 83  
**Gara - Requisito regolarità contributiva - Produzione DURC in corso di validità - incompleto - aggiudicazione - legittimità - ragioni.**

*E' legittima l'aggiudicazione disposta in favore di una ditta che abbia presentato un DURC valido ma incompleto in quanto privo della pronuncia di competenza di uno degli enti interessati; invero, deve ritenersi positivamente certificata la regolarità contributiva allorchè il documento sia in corso di validità e non presenti accertamenti negativi.*

La sentenza in rassegna ha osservato che il rilascio del DURC si configura quale procedimento autonomo, dal che discende che la Stazione Appaltante non possa comminare l'esclusione automatica dalla gara, ma debba limitarsi a prendere atto delle risultanze ivi contenute considerandole come dato di fatto inoppugnabile, tenuto conto anche della circostanza per cui il concorrente che abbia presentato un DURC valido ma incompleto non può subire l'inefficienza degli enti preposti al rilascio, avendo presentato l'unico documento di cui poteva validamente disporre prima della scadenza del termine di presentazione della propria offerta.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 29.12.2010, n. 9577  
**Gara - avvalimento - massima partecipazione - previsione nei bandi disciplina più rigorosa - impossibilità sia nei settori ordinari che in quelli speciali.**

*In tema di avvalimento nelle gare di appalto, il richiamo all'art. 233, co. 6, del Codice dei contratti pubblici all'art. 49, nei limiti di compatibilità, non intende affatto consentire che nei settori speciali la legge di gara possa dettare una disciplina più rigorosa, ma al contrario mira ad evitare che ai settori speciali siano estese norme di eccessivo rigore, incompatibili con il dettato comunitario; pertanto, né nei set-*

*tori ordinari, né nei settori speciali, la legge di gara può dettare regole più rigorose per l'avvalimento nell'ambito di un raggruppamento temporaneo.*

L'istituto dell'avvalimento, introdotto nell'ordinamento italiano in attuazione delle direttive CEE 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha lo scopo di consentire la massima partecipazione alle gare di imprese concorrenti, consentendo alle stesse di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria di soggetti terzi.

Nonostante il legislatore italiano abbia previsto maggiori limiti a tale istituto, al fine di evitare turbative delle gare, resta il fatto che ogni potenziale limitazione sia da interpretare in maniera rigidamente restrittiva.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 29.12.2010, n. 9542  
**Gara - appalto di forniture - esclusione - errore grave in esecuzione di precedente appalto - procedimento penale per truffa pendente.**

*È legittima l'esclusione da una gara, bandita per l'affidamento di un contratto di fornitura, del concorrente che avrebbe commesso "errore grave" nell'esecuzione di un precedente appalto, richiamandosi quale mezzo di prova un procedimento penale, in corso al momento dell'esclusione, per truffa aggravata in danno di enti pubblici.*

La sentenza prende in analisi un caso verificatosi antecedentemente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici e fa riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 11, co. 1, lett. c) del d. lgs. 24.7.1992, n. 358. Tale disposizione, che detta l'esclusione dalle procedure pubbliche di affidamento di appalti e concessioni di quei soggetti "che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante", è

prevista comunque anche nell'ordinamento attuale all'art. 38, co. 1, lett. f) del suddetto codice.

Nel caso di specie il CdS ha ritenuto ragionevolmente valutata dall'amministrazione la circostanza in oggetto, dalla quale ha fatto discendere, con *iter* logico coerente, una delle cause ostative alla partecipazione alla gara d'appalto ai sensi della disposizione richiamata.

CGA, Sez. Giurisdizionale, 20.12.2010, n. 1515  
**Gara - aggiudicazione - a ditta che abbia reso dichiarazioni relative ai lavori da subappaltare difformi dal bando - ipotesi in cui la difformità sia stata causata dall'oscurità o erroneità delle clausole del bando.**

*In omaggio al principio dell'affidamento, è legittima l'aggiudicazione in favore di un concorrente che abbia reso una dichiarazione relativa al subappalto difforme da quella espressamente prevista dal bando quando tale difformità sia dovuta ad oscurità o all'erroneità del bando stesso.*

E' legittima l'aggiudicazione al concorrente che abbia reso una dichiarazione relativa ai lavori da subappaltare difforme da quella espressamente prevista nel bando in caso di oscurità, equivocità od erroneità delle clausole del bando stesso. Infatti, un corretto rapporto tra amministrazione e privato che sia rispettoso dei principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, nonché di quello enunciato dall'art. 1337 c.c., che presidia con la buona fede lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto, impone che delle disposizioni della *lex specialis* sia data una lettura conforme al principio dell'affidamento degli interessati in buona fede, esonerando i privati dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, significati inespressi.

TAR Lazio, Sez. III, 31.12.2010, n. 39288  
**Contratti della PA - facoltà di domandare chiarimenti od integrazioni documentali da parte della Stazione Appaltante - sindacabilità in s.g..**

*La facoltà della Stazione Appaltante prevista dall'art. 46 del codice dei contratti di invitare le imprese a completare o a chiarire certificati, documenti o dichiarazioni presentati è un istituto di carattere generale, utile a garantire la*

*massima partecipazione alle gare e che, sebbene non sia un obbligo, è sindacabile in s.g. in base ai principi generali.*

L'art. 46 del codice dei contratti prevede la facoltà per la Stazione Appaltante, nell'ambito dei propri poteri discrezionali, di invitare le imprese a completare o a chiarire certificati, documenti o dichiarazioni presentati, anche quando il bando li prescrive a pena di esclusione. Tale facoltà deve essere esercitata secondo i principi generali di buona fede, ragionevolezza e massima partecipazione e, sebbene non configuri un obbligo, il suo mancato esercizio è sindacabile in s.g. in relazione alla peculiare situazione, ai tempi del procedimento ed al livello già raggiunto di partecipazione alla gara.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 29.12.2010, n. 7734

**Gara - aggiudicazione provvisoria - revoca per ragioni di convenienza economica - dimostrazione delle ragioni - necessità - mancanza - illegittimità.**

*La Stazione Appaltante può revocare in autotutela l'aggiudicazione provvisoria purchè dia atto della sussistenza delle ragioni di convenienza economica che hanno indotto l'adozione di tale decisione. In mancanza di tale dimostrazione deve ritenersi illegittima la revoca disposta per una asserita, ma in realtà insussistente mancanza di concorrenzialità e quindi di convenienza economica.*

Il principio di diritto enunciato nella sentenza in rassegna pone l'accento sull'obbligo di trasparenza che incombe sulla pubblica amministrazione, che non ha sufficientemente dimostrato il fatto che, con l'indizione di una nuova gara e l'annullamento in autotutela della precedente indetta, la partecipazione da parte delle imprese sarebbe stata più elevata. Anzi, nella specie, il TAR ha disposto l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

TAR Lazio, Sez. III *quater*, 28.12.2010, n. 38948

**Gara - cauzione provvisoria - incameramento - ipotesi in cui è possibile effettuarlo.**

*È illegittimo il provvedimento con il quale una stazione appaltante, avendo escluso un'impresa per mancanza di requisiti previsti, abbia altresì disposto la segnalazione del fatto all'Autorità*

*di vigilanza e l'incameramento della cauzione, qualora non sussista il presupposto della falsità delle dichiarazioni effettuate dal concorrente escluso.*

La possibilità per la stazione appaltante di incamerare la cauzione provvisoria, *ex art. 75, co. 6, del codice dei contratti pubblici*, riguarda tutti e soltanto i casi in cui un qualunque ostacolo alla stipulazione sorga per fatto riconducibile all'affidatario. In tali casi quindi può rientrare anche il difetto dei requisiti speciali, oltre al rifiuto a stipulare. Non può tuttavia prescindere da una applicazione rigorosa e precisa delle di-

sposizioni di legge, stante anche l'afflittività derivante dall'applicazione della fattispecie in esame. Per tali motivi risulta illegittimo l'incameramento della cauzione nei casi di controllo a sorteggio, *ex art. 48 del codice dei contratti pubblici*, qualora l'esclusione non abbia ad oggetto la sussistenza e la gravità delle falsità riscontrate, in quanto tale elemento è previsto dalla norma in questione quale presupposto necessario per l'applicazione della sanzione accessoria tanto della segnalazione all'Autorità, quanto dell'incameramento della cauzione provvisoria.

«.....GA.....»

## - SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Corte di Giustizia CE, III, 22.12.2010, n. C-338/09

### **Trasporto pubblico urbano - art. 49 TFUE - interpretazione.**

*L'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, quale quella di cui trattasi nella causa principale che, ai fini della concessione di un'autorizzazione all'esercizio di una linea urbana di trasporto pubblico di persone mediante autobus che serve regolarmente talune fermate determinate, secondo un orario prestabilito, impone che gli operatori economici richiedenti, stabiliti in altri Stati membri, dispongano di una sede o di un altro stabilimento sul territorio di tale Stato membro ancor prima che sia loro concessa l'autorizzazione all'esercizio di tale linea.*

*Per contro, l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che preveda un requisito di stabilimento, qualora tale requisito sia imposto dopo la concessione di tale autorizzazione e prima che il richiedente avvii l'esercizio della linea stessa.*

Corte di Giustizia CE, III, 22.12.2010, n. C-215/09

### **Società miste - applicazione dir. 2004/18/CE - sussiste.**

*La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretata nel senso che, quando un'amministrazione aggiudicatrice conclude con una società privata da essa indipendente un contratto che prevede la costituzione di un'impresa comune, sotto forma di società per azioni, il cui oggetto è la fornitura di servizi sanitari e di preservazione del benessere nel luogo di lavoro, l'attribuzione da parte della suddetta amministrazione aggiudicatrice dell'appalto relativo ai servizi destinati ai suoi dipendenti, di un valore che supera la soglia*

*prevista dalla direttiva in parola, e scindibile dal contratto costitutivo di tale società, deve avere luogo nell'osservanza delle disposizioni della suddetta direttiva applicabili ai servizi rientranti nell'allegato II B di quest'ultima.*

*Il fatto che un soggetto privato ed un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto, non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici, in quanto l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata, senza indizione di gara, pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata un maggior vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.*

Corte di Cassazione, SS.UU., 1.12.2010, n. 24306

### **Tariffa servizio idrico integrato - giurisdizione giudice ordinario.**

*La controversia promossa da privati nei confronti del gestore del servizio idrico integrato avente ad oggetto l'entità della tariffa del suddetto servizio, secondo la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite deve essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto, sebbene nel regime scaturito dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 33 d. lgs. 33/98, come sostituito dalla l. 205/2000, sia venuta meno l'espressa esclusione di tali controversie dall'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, tuttavia la Corte costituzionale, con la sentenza n. 204/2004, nel ridefinire l'ambito della predetta giurisdizione esclusiva, ha precisato che questa postula l'inerenza della controversia ad una situazione di potere della PA, laddove la controversia avente ad oggetto rapporti individuali di utenza non vede coinvolta la PA come autorità. Né la giurisdizione del giudice amministrativo è con-*

*figurabile per il fatto che la controversia investe l'atto amministrativo generale con il quale sono determinate le tariffe per i vari tipi di utenze, atteso che al riguardo viene in rilievo il potere del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 5, all. E, l. 2248/1865 di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi, la cui efficacia condiziona l'esistenza ed il contenuto del diritto sostanziale costituente l'oggetto del processo (SS.UU. 4584/06, 13447/05).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 17.1.2011, n. 216  
**Art. 23 l. 142/90 - passaggio dalle Aziende Municipalizzate alle Aziende Speciali - natura.**

*Gli articoli 22 e 23 della l. n. 142/1990, vigenti all'epoca dei fatti, costituiscono la prima vera riforma dei servizi pubblici locali, attraverso il superamento del criterio di enumerazione analitica dei servizi che gli enti locali possono assumere, prevedendosi anche una varietà di strumenti giuridici per la loro gestione: la nuova disciplina dell'azienda speciale è tale da far ritenere che i comuni, laddove erano chiamati ad applicare la legge, hanno avuto ampia discrezionalità sia nella scelta di estinguere semplicemente le aziende autonome, qualora non vi fosse la necessità di proseguire il servizio, sia quello di continuare la gestione attraverso l'utilizzazione del nuovo strumento, con la sostituzione del vecchio. Nel primo caso avrebbero dovuto aprire il procedimento di liquidazione; nel secondo avrebbero dovuto aprire anche il procedimento costitutivo. In tale ipotesi il rapporto tra i due enti [azienda municipalizzata ed azienda speciale] non può che essere sicuramente di successione nel "munus"; il che non comporta necessariamente successione nei rapporti patrimoniali e in quelli relativi alla struttura organizzativa.*

*Il nuovo ente costituito dal comune, in virtù della stessa legge istitutiva, non ha nessuna continuità con il vecchio, in quanto il legislatore non si è limitato a "trasformare" il vecchio ente, ma ne ha previsto uno completamente nuovo e diverso, laddove gli ha conferito la personalità giuridica, l'autonomia patrimoniale e imprenditoriale nonché l'autonomia statutaria, diretta a disciplinare la nuova struttura organizzativa, ivi compresi gli organi rappresentativi, deliberanti, di gestione e di controllo.*

*Pertanto, non vi è nessun collegamento giuridicamente qualificato tra i due enti, in quanto l'attribuzione della personalità giuridica di diritto pubblico, che consegue alla semplice istituzione dell'ente e in virtù della stessa legge, colloca i fatti giuridici nell'ambito dei rapporti intersoggettivi e non interorganici, per cui non vi è successione tra gli organi delle due figure soggettive, che, in caso contrario, avrebbe potuto comportare, se non un transito automatico, quanto meno un condizionamento all'attività discrezionale del comune nel momento in cui procedeva alla dotazione personale dei nuovi organi (nel caso specifico, è stato escluso che l'art. 23 l. 142/90 riconoscesse un diritto ai componenti del collegio dei revisori dei conti presso l'azienda municipalizzata a "transitare" nella nuova struttura).*

Consiglio di Stato, Sez. V, 11.1.2011, n. 77  
**Art. 13 d.l. 223/06, (cd. decreto Bersani) - ratio.**

*Il divieto di partecipazione a gare d'appalto, previsto dall'art. 13, co. 1 e 2, d.l. 223/06 (cd. decreto Bersani), per le società c.d. strumentali, non si applica, anche con riferimento alle c.d. "società miste", vale a dire quelle che non presentano, quale oggetto sociale esclusivo, lo svolgimento dei servizi pubblici locali, in quanto le citate tipologie societarie presentano differenti caratteristiche giuridiche e diverso modello organizzativo, anche con riguardo alla finalità della speciale disciplina limitativa di cui al citato art. 13, ossia di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori.*

*Mentre i divieti e gli obblighi imposti dai co. 1 e 2 del predetto art. 13 (con la sanzione prevista dal successivo co. 4 della nullità dei contratti stipulati in violazione di detti divieti e di detti obblighi) trovano una ben ragionevole giustificazione per le società c.d. "strumentali", non altrettanto ragionevole né fondata (soprattutto in base alla "ratio" della predetta norma) appare l'applicazione della stessa anche per quelle società c.d. "miste" (partecipate da soggetti pubblici e privati) che, pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto come tale alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri*

servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti nonché a favore di altri enti o loro società o aziende pubbliche e private), operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato ed altresì nel pieno rispetto delle regole previste per le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Consiglio di Stato, Sez. V, 25.11.2010, n. 8232  
**Servizio di illuminazione stradale - ratio.**

*Il carattere di servizio pubblico locale dell'illuminazione delle strade comunali è confermato dai richiami "storici" – la pubblica illuminazione era, infatti, inclusa fra i servizi pubblici comunali ex art. 1, lett. c), r.d. 2578/25 e nel t.u.l.c.p. 383/34 – e ribadito dal divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, introdotto nell'art. 113 d.lgs. 267/00 (l. 448/01 e d.l. 269/03). Ne deriva che l'affidamento del compito di provvedere alla messa a norma, alla manutenzione ed alla gestione degli impianti di illuminazione delle pubbliche vie si sostanzia nell'affidamento di un servizio pubblico locale che soggiace alla disciplina dettata dal richiamato art. 113.*

*Alla luce dei principi comunitari che informano la materia, la regola della selezione competitiva costituisce l'opzione naturale e primaria (art. 113, co. 5, lett. a) alla quale è possibile derogare nei soli casi espressamente previsti dalla legge. Alla luce di detti principi, da ultimo recepiti dall'art. 23 bis, co. 11, d.l. 112/08, conv. dalla l. 133/08, deve accedersi ad un'interpretazione restrittiva dell'eccezione contemplata dal richiamato art. 113, co. 14, laddove si consente (rectius, si consentiva, prima dell'abrogazione della norma disposta per effetto dell'art. 12 d.P.R. 168/10) l'affidamento diretto del servizio in favore del proprietario dei beni strumentali necessari ai fini dell'erogazione del servizio pubblico. Detta norma, razione temporis vigente, va interpretata nel senso di consentire l'affidamento diretto solo nell'ipotesi in cui i beni strumentali siano integralmente nella proprietà di soggetto privato diverso dall'amministrazione locale. Nel caso, che qui viene in rilievo, in cui i beni patrimoniali siano invece solo in parte nella proprietà di soggetto diverso dall'amministrazione locale, si rie-*

*spande la regola generale in forza della quale, ove il comune intenda affidare il servizio nella sua unitarietà senza procedere ad un frazionamento (ammesso dal testo del co. 14 cit. prima della sua abrogazione), non è percorribile la via dell'affidamento diretto ma occorre seguire la via ordinaria della procedura competitiva.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 25.11.2010, n. 8231  
**Servizi pubblici locali - servizio illuminazione strade comunali - natura - art. 112 TUEL - irrilevanza corresponsione corrispettivo - è servizio pubblico locale - applicazione dell'art. 113 TUEL.**

**Servizi pubblici locali - principi comunitari - selezione competitiva - eccezioni - art. 113, co. 14, TUEL - affidamento diretto al proprietario di beni strumentali - interpretazione restrittiva.**

*Il servizio d'illuminazione delle strade comunali ha carattere di servizio pubblico locale in quanto, ai sensi dell'art. 112 del TUEL, si definiscono come tali sia i servizi di cui i cittadini usufruiscono uti singuli, che come componenti della collettività, purché finalizzati alla produzione di beni ed utilità per obiettive esigenze sociali, mentre la subordinazione al pagamento di un corrispettivo, rilevante nella prospettiva abbracciata dal codice dei contratti pubblici per la distinzione tra contratto d'appalto e concessione, non incide sulla normativa in esame; pertanto, l'attribuzione del compito di provvedere alla messa a norma, manutenzione e gestione degli impianti di illuminazione delle vie pubbliche si sostanzia nell'affidamento di un servizio pubblico locale soggetto alla disciplina prevista dall'art. 113 del TUEL.*

*Alla luce dei principi comunitari che informano la materia dei servizi pubblici locali la regola della selezione competitiva costituisce l'opzione naturale e primaria alla quale è possibile derogare nei soli casi espressamente previsti dalla legge; pertanto, deve accedersi ad un'interpretazione restrittiva dell'eccezione contemplata dall'art. 113, co. 14, TUEL che, prima dell'abrogazione disposta dall'art. 12, d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, permetteva l'affidamento diretto del servizio in favore del proprietario dei beni strumentali, ed un simile affidamento deve ritenersi consentito esclusivamente in presenza di beni strumentali, inte-*

gralmente nella proprietà di un soggetto privato diverso dall'amministrazione locale.

La fattispecie in epigrafe trae origine dalla scelta di un Comune di procedere, ex art. 113, co. 14, TUEL, all'affidamento diretto del servizio di illuminazione stradale in favore di una società proprietaria di una quota parte degli impianti insistenti sul proprio territorio, in luogo dell'ordinario affidamento mediante gara ad evidenza pubblica. La norma da ultimo citata infatti, prima dell'abrogazione ad opera del d.P.R. 7.9.2010, n. 168, riconosceva alle amministrazioni locali l'eccezionale potestà di autorizzare soggetti privati, titolari di beni patrimoniali strumentali all'erogazione di servizi pubblici, a gestire gli stessi o dei loro segmenti.

Nel caso di specie, tuttavia, il ricorso a tale modalità d'affidamento è stato motivato in base alla mera considerazione che, a fronte dell'esistenza di molteplici proprietari dei suddetti impianti, nonché della promiscuità delle linee, l'adozione di soluzioni diverse avrebbe determinato serie difficoltà sul piano organizzativo e gestionale. Sicché i giudici di Palazzo Spada, confermando la decisione adottata in primo grado, hanno rilevato la carenza dei presupposti normativi per l'affidamento diretto del servizio indicato, in conformità a quanto eccepito da una società operante nel medesimo settore di quella affidataria, interessata all'indizione di una procedura di gara.

In particolare, seguendo l'interpretazione già offerta in passato,<sup>1</sup> il Collegio adito ha ribadito che il servizio di illuminazione delle pubbliche vie ha carattere di servizio pubblico locale giacché, ai sensi dell'art. 112 TUEL, devono essere definiti tali, indifferentemente, i servizi dei quali i cittadini usufruiscono individualmente e collettivamente, purché destinati alla produzione di beni ed utilità per esigenze sociali. Al contrario la mancata previsione di un corrispettivo per il relativo godimento, rilevante nell'ottica del codice dei contratti pubblici per distinguere tra la figura dell'appalto e quella della concessione, non è stata ritenuta influente sulla descritta qualifica, poiché la tariffa non rappresenta altro che il costo del servizio, che ben può essere ripartito su di una pluralità d'utenti senza alterarne il contenuto.

<sup>1</sup> Cfr. CdS, V, 16.12.2004, n. 8090.

Ebbene date queste premesse il consiglio ha stabilito che il predetto servizio, in quanto servizio pubblico locale, effettivamente soggiace alla disciplina dettata dall'art. 113 TUEL ma la stessa, in virtù dei principi di matrice europea che informano la materia, deve essere letta in maniera restrittiva.

Pertanto la disposizione in parola, vigente *ratione temporis*, è stata interpretata nel senso che l'affidamento diretto è consentito solo laddove i beni strumentali all'erogazione del servizio siano integralmente nella proprietà di un soggetto privato diverso dall'amministrazione.

Qualora invece, come nel caso *de quo*, questi ultimi appartengano, in parte, ad organismi differenti dalla PA, trova applicazione la regola generale che, per l'integrale affidamento del servizio, impone l'espletamento di una procedura competitiva. In altri termini sono ammesse deroghe alla regola dell'affidamento mediante selezione competitiva soltanto nelle ipotesi espressamente e tassativamente indicate dal legislatore.

I giudici di Palazzo Spada infine hanno precisato che le difficoltà di stampo tecnico ed organizzativo, tradizionalmente addotte quali giustificazioni dell'affidamento diretto del servizio al titolare della maggior parte degli impianti, non danno luogo ad impedimenti tecnici ostativi alla gara pubblica, né tantomeno rientrano nelle eccezioni di cui sopra, integrando semmai esigenze di economicità, efficienza ed opportunità (Red. Ilaria Di Toro).

Consiglio di Stato, Sez. V, 23.11.2010, n. 8147  
**Trasferimento sede farmaceutica - autorizzazione - presupposti.**

*Il titolare di farmacia può di norma scegliere liberamente l'ubicazione del proprio esercizio all'interno dell'area assegnata, ma l'Autorità sanitaria può rilasciare la relativa autorizzazione se sussista l'esigenza di assicurare una più efficace e capillare organizzazione del servizio farmaceutico (CdS, Sez. IV, 27.2.1996 n. 201) o può negarla se ricorrano particolari circostanze di fatto atte ad ostacolare l'utilizzazione dell'esercizio nella nuova sede da parte della popolazione della zona (CdS, Sez. V, 13.11.2009, n. 7097).*

*L'autorizzazione alla localizzazione di una farmacia nell'ambito della sede non è soggetta*

solo al vincolo del limite minimo della distanza dalle altre farmacie non inferiore a 200 metri, ma è legata all'esercizio di un potere discrezionale, che va adeguatamente motivato anche nell'ipotesi di trasferimento di sede, per la presenza dell'identica esigenza pubblica che esse norme tendono ad assicurare (CdS, Sez. IV, 6.4.2004 n. 1848).

L'autorizzazione al trasferimento dell'esercizio di una farmacia in locali ubicati al di fuori dell'ambito territoriale previsto nell'atto istitutivo non consiste quindi in una mera presa d'atto della volontà di trasferimento espressa dal titolare della farmacia, con diritto dello stesso ad ottenerlo e dovere dell'amministrazione di adeguarsi, ma implica la valutazione in ordine all'esistenza di preminenti ragioni di interesse pubblico attinenti all'organizzazione territoriale dell'assistenza farmaceutica complessivamente considerata, tali da giustificare la nuova scelta localizzativa, alla luce dell'esigenza di assicurare una più efficace e capillare organizzazione del servizio farmaceutico (CdS, IV, 27.2.1996, n. 201 e 8.10.1987 n. 597) e trova il proprio limite nelle scelte già compiute in sede di redazione della pianta organica.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9.11.2010, n. 7964

**Art. 23-bis, co. 9, d.l. 112/08 - deroga in favore delle società quotate - applicazione.**

La deroga introdotta dall'art. 23 bis, co. 9, d.l. 112/08 (conv. nella l. 133/08), a favore delle società quotate in borsa, non si applica alle società che sono controllate da una società quotata, in quanto il legislatore, a differenza di quanto fatto nel periodo precedente dello stesso art. 23-bis, ha limitato la deroga alle sole società quotate, senza nulla aggiungere in merito all'eventuale estensione di tale deroga anche ad altre società, controllate o comunque collegate alle prime. Tale scelta ha il preciso scopo di inibire l'accesso al mercato a quelle imprese per le quali la quota di mercato detenuta non è stata il frutto di una competizione paritaria con altri operatori economici ma è avvenuta in maniera anomala, senza il previo esperimento di una gara pubblica. Pertanto, la deroga al principio sopra enunciato soggiace ad un'interpretazione letterale e restrittiva della norma.

Corte dei Conti, Sez. Reg. controllo Lombardia,

5.11.2010, n. 982

**Società miste in perdita - mantenimento partecipazione del comune - condizioni.**

La giurisprudenza amministrativa aveva già sostenuto che l'ente locale, per erogare un pubblico servizio in forma societaria, dovesse procedere ad una accurata analisi costi-benefici, considerando le differenze di qualità e di efficienza del servizio reso da un'azienda pubblica locale o da una concessionaria nonché l'opportunità di costituire o di partecipare a società con i privati, ove fosse necessario l'apporto di determinate capacità tecnico-amministrative e di risorse finanziarie (CdS 1.2.1985, n. 130); con la necessità di motivare adeguatamente – come ora previsto espressamente dalla legge finanziaria per il 2008 – nella deliberazione di avvio della procedura di costituzione o di partecipazione in società, la scelta adottata in alternativa alle altre possibili modalità di gestione dei servizi pubblici, individuando puntualmente sia le esigenze di pubblico interesse, sia la convenienza economica (Cons. Stato 12.3.1990, n. 374).

La valutazione in ordine all'attività sviluppabile dalla società partecipata deve essere risultato di un processo complesso, nel quale, seguendo il consolidato orientamento delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, l'ente procede ad una valutazione attenta dei costi e dei benefici dell'affidamento del servizio alla società, valutazione in termini di efficienza, efficacia ed economicità della gestione in un'ottica di lungo periodo, nonché la ricaduta sui cittadini e sulle responsabilità dell'amministrazione medesima (Sez. reg. contr. Lombardia n.187/2009/PAR).

Il mantenimento della partecipazione societaria dovrebbe essere sorretto dalla stretta necessità rispetto alle finalità istituzionali dell'Ente: è evidente che la scelta del Comune non può prescindere dalla valutazione dell'operato dell'organo di gestione della società e dei risultati eventualmente negativi per tutti gli anni successivi alla costituzione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.10.2010, n. 7533

**Società miste - affidamento diretto - limiti.**

Premesso che il principio generale è sempre quello della gara, e che l'affidamento diretto è sempre una deroga a tale principio, deroga

consentita in casi di stretta interpretazione, la società mista si giustifica quale forma di partenariato pubblico-privato costituito per la gestione di uno specifico servizio per un tempo determinato. In altri termini, non si ha in questi casi una esenzione dal principio della gara, ma muta l'oggetto della gara, che deve sempre essere esperita ma non più per trovare il terzo gestore del servizio, bensì il partner privato con cui gestire il servizio. E' evidente quindi che le società miste cosiddette aperte, costituite cioè per finalità specifiche ma indifferenziate, non possono essere affidatarie dirette in quanto non soddisfano le condizioni a cui è ancorata la deroga. Pertanto, l'acquisizione nel caso di specie di una partecipazione azionaria di una società costituita in precedenza, ancorché avente ad oggetto la gestione dei rifiuti, non era sufficiente a legittimare l'affidamento diretto e ad escludere la necessità della gara.

Consiglio di Stato, V, Sez. 15.10.2010, n. 7531  
**Servizio trasporto pubblico urbano ed extraurbano - pagamento oneri - giurisdizione giudice ordinario.**

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario relativamente ad una controversia promossa da una società di trasporti pubblici per ottenere il pagamento degli oneri derivanti dallo svolgimento del servizio pubblico locale urbano ed extraurbano svolto nella provincia.

TAR Lombardia, Bs, II, 14.1.2011, n. 51  
**Servizio gestione asilo nido - affidamento a consorzio di cooperative - legittimità.**

E' legittimo il provvedimento di aggiudicazione di un appalto del servizio di gestione dell'asilo nido comunale nei confronti di una società cooperativa consortile costituita da due gruppi di cooperative in conformità all'art. 1 l. 381/91: trattasi di un consorzio (di "secondo grado") di cooperative, cui si applica l'art. 27 del d. lgs. C.P.S. n. 1577/47, in quanto tale ammesso a partecipare alle gare di appalto per l'affidamento di pubblici servizi, ai sensi dell'art. 34, lett. b), del d. lgs. n. 163/06.

TAR Toscana, II, 23.12.2010, n. 6863  
**Art. 161, d. lgs. 152/06 - poteri di vigilanza - Limiti.**  
I poteri di vigilanza esercitati dal Co.Vi.Ri. (o-

ra, Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche) ai sensi dell'art. 161 d.lgs. 152/06, si devono arrestare dinanzi alla soglia degli ambiti di competenza normativamente riservati alle Autorità d'ambito, cui è attribuita in via esclusiva l'organizzazione del servizio idrico integrato, ivi compresa la determinazione della tariffa (artt. 142, co. 3 e 149, co. 1, d. lgs. 152/06).

TAR Toscana, II, 20.12.2010, n. 6781

**Appalti e concessioni - differenza.**

Nella prospettiva comunitaria recepita dal legislatore nazionale con il d. lgs. 163/06, la distinzione fra appalto e concessione di servizi risiede proprio nella diversa forma di remunerazione dell'affidatario del servizio, in dipendenza della quale il concessionario, a differenza dell'appaltatore, assume su di sé il rischio economico dell'operazione: trattandosi di concessione di servizi, essa, benché sottratta all'applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 30 d. lgs. 163/06 cit. è comunque sottoposta alla medesima disciplina del contenzioso dettata per i contratti e, quanto alla scelta del concessionario, al rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

TAR Lombardia, Mi, IV, 25.11.2010, n. 7361  
**Determinazione tariffe del gas - rispetto principi proporzionalità, temporaneità e non discriminazione - sussiste.**

E' illegittima la delibera 79/07 dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, recante misure di rideterminazione delle tariffe del gas (mediante un nuovo meccanismo di indicizzazione della componente materia prima) perché non soddisfa alcuni dei criteri fissati dalla sentenza C.G.C.E. C265-08 (violazione dei principi di proporzionalità, temporaneità e non discriminazione).

TAR Sicilia, Ct, III, 2.11.2010, n. 4316  
**Servizio raccolta e smaltimento rifiuti - ordinanza sindacale di proroga - rivalutazione compenso - necessità.**

*E' illegittima l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 38 co. 2, l. 142/90, con cui il sindaco assicura la prosecuzione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti mediante l'affidamento di questo al precedente affidatario, nella parte in cui mantiene il corrispettivo economico fissato col precedente contratto, dovendo in ogni caso essere rispettata l'esigenza di arrecare il minor sacrificio possibile al privato destinatario dell'ordinanza e quindi di non imporre corrispettivi raccordati a valori risalenti nel tempo e senza verifica della loro idoneità a remunerare con carattere di effettività il servizio reso.*

TAR Lazio, Rm, II quater, 27.10.2010, n. 33046

**Servizio di verifica (cd. "ispezioni") sugli impianti termici - Servizio pubblico locale - esclusione.**

*La vigente normativa in materia di esercizio e manutenzione di impianti termici obbliga i comuni (con più di quarantamila abitanti) e le province (per comuni con meno abitanti) ad "effettuare i controlli necessari e verificare con cadenza almeno biennale l'osservanza delle norme relative al rendimento di combustione "anche avvalendosi di organismi esterni aventi specifica competenza tecnica, con onere a carico degli utenti". Tale attività oggetto dell'affidamento, nel caso di specie, pertanto, non con-*

*siste in una prestazione resa "a favore" della collettività locale o di singoli utenti, interessi sociali che l'ente locale s'è assunto per realizzare fini di promozione dello sviluppo economico e civile (cd. funzione di promozione), ma consiste piuttosto in una tipica funzione pubblica (cd. funzione di ordine) - esercitabile dagli enti locali direttamente o mediante organismi esterni dotati di specifiche competenze tecniche, ma mantenendone comunque la titolarità - che consiste nell'esercizio di un'attività di controllo e vigilanza su beni appartenenti a privati - che sono tenuti, in quanto conduttori di impianti potenzialmente pericolosi per l'ambiente, a subirli - al fine di verificare, nel superiore interesse pubblico alla salubrità dell'aria ed alla sicurezza ambientale, che questi rispettino gli standard previsti dalla legge a tutela della salute pubblica ed all'ambiente.*

TAR Toscana, I, 23.10.2010, n. 6473

**Società interamente pubblica - assoggettabilità procedure evidenza pubblica - qualificazione dello scopo sociale.**

*Il possesso di un'impresa da parte di una amministrazione pubblica è solo uno degli elementi per verificarne l'assoggettabilità obbligatoria alle procedure di evidenza pubblica, essendo decisiva la qualificazione del suo scopo sociale.*

«.....GA.....»

# PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **CIVIT, DELIBERA 9.12.2010, N. 121**

*La non applicabilità ai comuni dell'art. 14 d.lgs. 150/09, comporta che rientri nella discrezionalità del singolo comune la scelta di costituire o meno l'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV).*

*Gli Enti più piccoli i attigui possono associarsi per l'istituzione di OIV per problematiche affini.*

«..... GA.....»

### **FUNZIONE PUBBLICA. CIRCOLARE 14/2010.**

*Negli enti locali privi di qualifica dirigenziale, il potere disciplinare può essere attribuito a chi svolge funzioni dirigenziali senza averne la qualifica. Consentita, a tal fine, l'investitura del Segretario comunale.*

«..... GA.....»

### **MINISTERO DEL LAVORO: CIRCOLARE 18.11.2010, N. 15**

*Linee guida metodologiche per l'adempimento, nel pubblico impiego, dell'obbligo di valutazione del rischio da stress lavoro-correlato.*

«..... GA.....»

### **INPS. CIRCOLARE 3.12.2010, N. 155**

*Istruzioni sui permessi per le "persone con disabilità grave" a seguito della entrata in vigore dell'art. 24, l. 183/2010*

«..... GA.....»

### **È IL GIUDICE ORDINARIO A STABILIRE SE RICORRE IL DIRITTO ALL'ASSUNZIONE NELL'AMBITO DELLE PROCEDURE DI STABILIZZAZIONE DEL PERSONALE PRECARIO DELLE PA**

*Sulla base delle considerazioni svolte, compete al giudice ordinario stabilire se sussista il diritto all'assunzione nell'ambito delle procedure di "stabilizzazione" per il personale precario delle amministrazioni pubbliche previste dalla l. n. 296 del 2006, e, in particolare, con riferimento alla pretesa azionata dal C., se le norme di legge contemplino l'esclusione dalla "stabilizzazione" di coloro che abbiano già in corso con una diversa pubblica amministrazione un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Pertanto la causa è rimessa al Tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro competente per territorio (Corte di Cassazione SS. UU. 16041/2010).*

«..... GA.....»

### **IN CASO DI MANCATO RINNOVO DEL RAPPORTO DI LAVORO CONSEGUENTE ALLA DICHIARAZIONE DI DISSESTO, LA PA NON È OBBLIGATA A COMUNICARE L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO**

*Quel che è stato esattamente chiarito dal primo giudice è che la deliberazione del consiglio comunale ha avuto ad oggetto, in conseguenza della dichiarazione di dissesto, la riduzione delle spese e la riorganizzazione complessiva del comune con conseguente contrazione dei servizi scolastici e non ha investito singole situazioni personali relative al*

*personale precario. Solo in via indiretta e mediata, dalla riorganizzazione amministrativa del comune, che costituiva un prius logico della deliberazione, si è determinata in via indiretta e riflessa la esigenza di non rinnovare con carattere di generalità i rapporti di lavoro con personale precario che non risultavano titolari di un regolare rapporto di impiego e che erano assunti ad orario ridotto.*

*Da tale ricostruzione fattuale emerge che non sussisteva un obbligo per l'amministrazione di dare comunicazione dell'avvio del procedimento finalizzato alla riduzione delle spese instaurando una fase istruttoria in contraddittorio con gli interessati trattandosi, all'evidenza, di atto programmatico a contenuto generale, da adottare nella più completa autonomia decisionale, per il quale l'art. 13, l. 7.8.1990 n. 241, esclude la partecipazione degli interessati al relativo procedimento (CdS, Sez. V, 7779/2010).*

«..... GA.....»

### **IL DIVIETO DI ASSUNZIONE DERIVANTE DAL MANCATO RISPETTO DEL VINCOLO DI RIDUZIONE DELLA SPESA DEL PERSONALE OPERERÀ DAL 2011**

*Ne deriva che l'ente, soggetto al patto di stabilità, è tenuto, sin dall'entrata in vigore del d.l. n. 78/2010, all'osservanza di quanto stabilito dal nuovo testo dell'art. 1, co. 557 l. n. 296/2006, e quindi ad assicurare la riduzione delle spese di personale secondo i parametri ivi stabiliti, procedendo altresì, ove lo richieda l'adeguamento alle nuove prescrizioni, alla riprogrammazione delle assunzioni.*

*Il divieto di assunzione, consequenziale all'eventuale inosservanza del detto obbligo di riduzione della spesa per il personale, introdotto con il citato art. 1 co. 557 ter l. n. 296/2006, invece, non potrà che essere in concreto operante che dall'esercizio successivo a quello in cui può verificarsi l'eventuale violazione secondo la citata normativa, ossia dal 2011 (Corte dei Conti Piemonte Par. 55/2010).*

«..... GA.....»

### **NELLA PROCEDURA DI MOBILITÀ DIRETTA O RECIPROCA O PER COMPENSAZIONE NON VANNO ESPLETATI GLI ADEMPIMENTI PREVISTI DALL'ART. 30 DEL D. LGS. 165/2001**

*Il ricordato co. 1, dell'art. 30, come riscritto dal decreto Brunetta, prevede una serie di adempimenti a carico delle amministrazioni che vogliono attivare la procedura di mobilità di seguito riassumibili: • rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni (co. 1, secondo periodo); • preventiva fissazioni dei criteri di scelta (co. 1, secondo periodo); • possesso da parte del dipendente della professionalità necessaria in relazione al posto ricoperto o da ricoprire (co. 1, terzo periodo) • acquisizione del 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 (co. 1, terzo periodo). Questa Sezione ritiene che i predetti adempimenti vadano espletati qualora si voglia procedere senza ricorrere alla cosiddetta mobilità diretta o reciproca (o per compensazione): quella cioè attuata per passaggio diretto tra diverse amministrazioni nella quale gli enti si scambiano i dipendenti (su iniziativa o con il consenso degli stessi) realizzando una scelta organizzativa a somma zero che non lascia margini alle aspettative di altri soggetti (cfr. questa Sezione Deliberazione n. 49/2010 cit e TAR Brescia 20.12.2007, n. 645).*

*In ogni caso, alla luce dei nuovi compiti assegnati alla dirigenza dal decreto Brunetta (che ha introdotto importanti innovazioni in ordine alla formazione, valutazione e responsabilizzazione dei dirigenti prevedendo, tra l'altro il rafforzamento delle prerogative dirigenziali e l'introduzione di un più rigoroso sistema di valutazione della performance del personale nell'ottica di una riforma dell'impiego pubblico mirante al rafforzamento della meritocrazia), gli enti che vogliono attivare la procedura di mobilità ex art. 30 del d. lgs 165/2001 dovranno acquisire, comunque, il parere favorevole dei dirigenti responsabili dei settori presso i quali i*

*dependenti in mobilità presteranno servizio: parere che dovrà tenere in debita evidenza la professionalità del dipendente in entrata (Corte dei Conti, Regione Veneto Par. 227/2010).*

«..... GA.....»

**DAL 1.1.2011, I COMUNI AL DISOTTO DI 5000 ABITANTI POTRANNO ASSUMERE PERSONALE PER SOSTITUIRE QUELLO CESSATO L'ANNO PRECEDENTE, A CONDIZIONE CHE LA SPESA PER IL PERSONALE NON SUPERI IL 40% DELLA SPESA CORRENTE E SIA INFERIORE A QUELLA DEL 2004**

*Ad emblema delle prime soccorre il 9 co. dell'art. 14 della novella, sostitutivo del co. 7, dell'art. 76 del d.l. 112/2008. Tale norma fa divieto di procedere ad assunzioni di personale, a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale, per tutti gli enti, siano essi o meno sottoposti al Patto di stabilità, nei quali l'incidenza delle spese di personale sia pari o superiore al 40% delle spese correnti. Rispetto alla precedente disciplina, conseguentemente, il legislatore ha ritenuto opportuno abbassare la soglia limite del rapporto tra le spese per il personale e l'ammontare delle spese di natura corrente. Prosegue lo stesso disposto legislativo che per i restanti enti è prevista comunque una restrizione delle assunzioni, potendo le stesse essere effettuate "nel limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente"(Corte dei Conti Sez. Lombardia Par. 989/2010).*

«..... GA.....»

**È COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMO ESTENDERE LA LEGGE BRUNETTA A REGIONI ED ENTI LOCALI, RELATIVAMENTE AL CONFERIMENTO DI INCARICHI DIRIGENZIALI A SOGGETTI ESTERNI NON APPARTENENTI AI RUOLI**

*La norma impugnata dispone l'applicabilità a tutte le amministrazioni pubbliche della disciplina dettata dall'art. 19, coo. 6 e 6 bis,*

*del d. lgs. n. 165 del 2001 in tema di incarichi dirigenziali conferiti a soggetti esterni all'amministrazione. Si tratta di una normativa riconducibile alla materia dell'ordinamento civile di cui all'art. 117, co. 2, lett. l), cost., poiché il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, disciplinato dalla normativa citata, si realizza mediante la stipulazione di un contratto di lavoro di diritto privato. Conseguentemente, la disciplina della fase costitutiva di tale contratto, così come quella del rapporto che sorge per effetto della conclusione di quel negozio giuridico, appartengono alla materia dell'ordinamento civile. In particolare, l'art. 19, co. 6, d. lgs. n. 165 del 2001 contiene una pluralità di precetti relativi alla qualificazione professionale ed alle precedenti esperienze lavorative del soggetto esterno, alla durata massima dell'incarico (e, dunque, anche del relativo contratto di lavoro), all'indennità che – a integrazione del trattamento economico – può essere attribuita al privato, alle conseguenze del conferimento dell'incarico su un eventuale preesistente rapporto di impiego pubblico e, infine, alla percentuale massima di incarichi conferibili a soggetti esterni (il successivo co. 6 bis contiene semplicemente una prescrizione in tema di modalità di calcolo di quella percentuale). Tale disciplina non riguarda, pertanto, né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta delle modalità di costituzione di quel rapporto giuridico. Essa, valutata nel suo complesso, attiene ai requisiti soggettivi che debbono essere posseduti dal contraente privato, alla durata massima del rapporto, ad alcuni aspetti del regime economico e giuridico ed è pertanto riconducibile alla regolamentazione del particolare contratto che l'amministrazione stipula con il soggetto ad essa esterno cui conferisce l'incarico dirigenziale. Non sussiste, dunque, violazione degli artt. 117, coo. 3 e 4, e 119 cost., appunto perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale (Corte Costituzionale 324/2010).*

«..... GA.....»

**IL RISARCIMENTO DEL DANNO CA-  
GIONATO DALLA PA PRESUPPONE  
LA DIMOSTRAZIONE DELLA PROVA  
SPECIFICA E DELL'ACCERTAMENTO  
IN CONCRETO DELLA COLPA DEGLI  
AMMINISTRATORI PUBBLICI**

*La corte di appello, nell'individuare e predi-  
care la risarcibilità del danno lamentato dai  
ricorrenti all'esito della condotta illecita del-  
la PA con riferimento alla ritardata indivi-  
duazione del tracciato stradale da realizzare,  
afferma, difatti (ff. 32-33 dell'impugnata sen-  
tenza) che "la colpa richiesta dall'art. 2043  
c.c. consiste proprio nel cattivo esercizio del  
potere pubblico", in tal guisa patentemente  
discostandosi da quanto una costante e con-  
solidata giurisprudenza di questa corte di le-  
gittimità, a far tempo dalla pronuncia 500/99  
delle sezioni unite, ha sempre avuto modo di  
affermare, avuto riguardo alla necessità della  
prova specifica e dell'accertamento in con-  
creto della colpa dell'agente in tema di risar-  
cibilità del danno da interessi legittimi (Corte  
di Cassazione Sez. Civ. 22021/2010).*

«..... GA.....»

**IL DANNO ALL'IMMAGINE DELLA PA  
È RISARCIBILE SOLO IN CASO DI  
SENTENZA IRREVOCABILE DI CON-  
DANNA NEI CONFRONTI DEL DIPEN-  
DENTE PUBBLICO O DELL'ENTE  
PUBBLICO PER REATI CONTRO LA  
PA**

*Il legislatore, nell'esercizio non manifesta-  
mente irragionevole della sua discrezionalità,  
ha ritenuto che tale tutela sia adeguatamente  
assicurata mediante il riconoscimento del ri-  
sarcimento del danno soltanto in presenza di  
condotte che integrino gli estremi di fatti di  
reato che tendono proprio a tutelare, tra  
l'altro, il buon andamento e l'imparzialità  
dell'azione amministrativa.*

*In altri termini, il legislatore ha inteso rico-  
noscere la tutela risarcitoria nei casi in cui il  
dipendente pubblico ponga in essere condotte  
che, incidendo negativamente sulle stesse re-*

*gole, di rilevanza costituzionale, di funziona-  
mento dell'atti-vità amministrativa, sono su-  
scettibili di recare un vulnus all'immagine  
dell'ammini-strazione, intesa, come già sotto-  
lineato, quale percezione esterna che i conso-  
ciati hanno del modello di azione pubblica  
sopra descritto (Corte Costituzionale  
355/2010).*

«..... GA.....»

**PER GLI ENTI LOCALI NON SOTTO-  
POSTI A PATTO DI STABILITÀ INTER-  
NO, LA SOSTITUZIONE DI UN DIPEN-  
DENTE ANDATO IN MOBILITÀ NON  
PUÒ AVVENIRE TRAMITE CONCOR-  
SO MA SEMPRE CON ASSUNZIONE IN  
MOBILITÀ**

*La mobilità si configura, dunque, come stru-  
mento per una più razionale distribuzione del  
personale tra le diverse amministrazioni pre-  
liminare alla decisione di bandire procedure  
concorsuali in ossequio al principio che, pri-  
ma di procedere alla immissione, nei limiti  
consentiti dall'ordinamento, di nuovo perso-  
nale, appare opportuno sperimentare iniziati-  
ve volte ad una migliore e più razionale col-  
locazione dei dipendenti già in servizio pres-  
so amministrazioni diverse (Corte dei Conti,  
Sez. Riun. 59/2010).*

«..... GA.....»

**NEL CASO DI CONDANNA PENALE  
DEL DIPENDENTE DELL'ENTE LOCA-  
LE, COSTUI DOVRÀ RIFONDERE AL-  
L'ENTE LE SPESE LEGALI E DI  
CONSULENZA TECNICA SOSTENUTE  
PER LA COSTITUZIONE DI PARTE  
CIVILE**

*Alla luce dei parametri sopra indicati, il Col-  
legio ritiene che il convenuto debba essere  
condannato al risarcimento del danno  
all'immagine per un importo di € 10.000,00,  
comprensivo di rivalutazione monetaria, te-  
nuto conto proprio dell'ulteriore parametro,  
non preso in considerazione dall'organo re-  
quirente, consistente nell'avvenuta irrogazio-  
ne di una condanna penale non particolar-  
mente gravosa (un anno di reclusione). 4.*

*Trattandosi di fattispecie dolosa non sussistono i presupposti per la riduzione dell'addebito, ai sensi dell'art. 52, co. 2, del R.D. 12.7.1934 n. 1214 e dell'art. 83 del R. D. 18.11.1923 n. 2440. 5. Nessuna riduzione del danno può, inoltre, essere effettuata in relazione a presunti vantaggi che l'amministrazione avrebbe ottenuto dall'aver incassato*

*gli oneri urbanistici a seguito del rilascio della concessione edilizia (...), giacchè tali presunti vantaggi non hanno alcuna correlazione con il danno erariale contestato all'odierno convenuto, consistito in un esborso da parte del comune (...) per la costituzione di parte civile nei diversi giudizi penali e nella lesione della immagine dell'ente locale.*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

### FOCUS SUL "COLLEGATO LAVORO"

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Il "Collegato Lavoro" alla manovra finanziaria 2009, approvato con l. 4.11.2010, n. 183 entrata in vigore il 24.11.2010, ha modificato ed innovato numerosi ambiti del mondo del lavoro pubblico (e privato), attribuendo altresì al Governo la delega legislativa in più settori.

La presente trattazione illustrerà le disposizioni, di sicuro e maggiore interesse per dipendenti ed amministratori dell'ente locale, che compongono la nuova disciplina per il lavoro pubblico, disposizioni determinate da interventi specifici e settoriali e dalla modifica/integrazione di regole di portata generale come il d. lgs. 165/01 o la l. 104/92.

Per quel che concerne la novella introdotta dal Collegato relativa alle disposizioni previste dal codice di procedura civile in materia di conciliazione ed arbitrato nelle controversie di lavoro, si ritiene opportuno dedicare, nel prossimo numero di questa Rivista, una trattazione *ad hoc*.

#### **Mobilità del personale delle pubbliche amministrazioni (art. 13, l. 183/10).**

Le pubbliche amministrazioni che, a seguito del verificarsi di una delle ipotesi previste dal co. 1 dell'art. 13 del Collegato - conferimento di funzioni statali alle Regioni e alle autonomie locali; trasferimento o conferimento di attività svolte dalle PA. ad altri soggetti pubblici; esternalizzazione di attività o servizi - rilevano esuberi di personale (superiore al 10%), devono provvedere ad informare le organizzazioni sindacali e procedere alla applicazione dall'art. 33 del d. lgs. 165/2001.

Detta comunicazione deve indicare, in maniera circostanziata e non generica:

- numero e qualifica del personale in esubero;

- le ragioni che hanno determinato l'esubero nonché i motivi ostativi al riassorbimento del/i lavoratore/i nella medesima amministrazione;

- come ridurre l'impatto sociale conseguente all'esubero con una analisi ad ampio spettro che valuti, ad esempio, la percorribilità o meno del ricorso alla assegnazione temporanea del personale eccedente presso altre amministrazioni *ex art. 30, co. 2 sexies* d. lgs. 165/01 come novellato dall'art. 13 in commento, ovvero di altre opportunità occupazionali, finanche nel settore privato.

Si sottolinea l'importanza e la novità della menzionata assegnazione temporanea, prevista e disciplinata dal co. 2 *sexies*, art. 30, d. lgs. 165/01 novellato, che consente appunto alle amministrazioni pubbliche, in presenza di motivate esigenze organizzative risultanti dai documenti di programmazione di cui all'art. 6 d. lgs. citato e con le modalità previste dai rispettivi regolamenti, di utilizzare il personale proveniente da altre amministrazioni per un periodo non superiore a tre anni, nel rispetto di quanto già previsto dalle norme speciali in materia e del regime di spesa previsto da dette norme e dal richiamato decreto.

Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della l. 183/10, le pubbliche amministrazioni potranno rideterminare dette assegnazioni temporanee in corso. Diversamente, i rapporti in corso continueranno ad essere disciplinati dalle originarie fonti.

E' vietato il ricorso alla assegnazione temporanea, all'interno della singola amministrazione, per spostare il proprio personale per esigenze di servizio.

Dal collocamento in disponibilità del dipendente pubblico, che non è stato possibile collocarlo né presso altro ufficio della mede-

sima amministrazione, né presso diversa amministrazione, ovvero per il fatto che non abbia preso servizio presso quella amministrazione che si era resa disponibile a ricollocarlo, consegue la sospensione delle obbligazioni inerenti il rapporto di lavoro e la corresponsione dell'80% dello stipendio e della IIS per un massimo di 24 mesi.

### **Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (art. 16, l. 183/10).**

L'art. 16 del Collegato integra la materia del *part-time* regolamentata dall'art. 73 d.l. 112/08, convertito nella l. n. 113/08, che modifica la l. 662/96.

Nella vigenza della l. 662/96 la concessione del *part-time* era di fatto automatica, ad eccezione per il personale non contrattualizzato o per limitazioni espresse nei regolamenti.

Con l'avvento della l. n. 113/08, il *part-time* "può essere concesso" dalla amministrazione, entro sessanta giorni dalla domanda, previa valutazione del Dirigente, con argomentazioni sostanziali, nel rispetto della contrattazione collettiva e delle previsioni regolamentari e con una attenta valutazione non solo delle esigenze del dipendente ma, anche e soprattutto, di quelle della stessa amministrazione.

Il dipendente deve presentare la domanda di *part-time* per iscritto, indicando decorrenza e durata (nell'ipotesi in cui la riduzione superi il 50% il dipendente deve precisare se intende esercitare altra attività di lavoro subordinato od autonomo indicando, in questo caso, il nominativo dell'eventuale nuovo datore, luogo ed orario della prestazione).

Entro sessanta giorni dal ricevimento della domanda l'amministrazione, come detto, non ha più l'obbligo di concedere la richiesta trasformazione da tempo pieno a tempo parziale, ma la facoltà.

Da sottolineare come la trasformazione debba essere comunque negata quando essa, in relazione alle mansioni del dipendente e alla sua posizione organizzativa all'interno dell'amministrazione, comporti un semplice pregiudizio alla funzionalità del servizio.

E' quindi richiesto un "semplice" pregiudi-

zio laddove, prima della riforma, esso doveva essere invece "grave" (ad esempio, un "semplice" pregiudizio può rinvenirsi nel caso in cui la nuova attività da svolgere entri semplicemente in conflitto di interessi con la specifica attività di servizio già svolta dal dipendente).

La trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale va comunicata *on line* al Centro per l'impiego su cui insiste la sede dell'ufficio dove presta l'attività il dipendente. Prima la comunicazione andava fatta nei cinque giorni successivi alla trasformazione. Ora, secondo quanto dispone l'art. 5, co. 1 del Collegato, tale onere può essere assolto entro il ventesimo giorno successivo alla trasformazione del rapporto.

Da ricordare come coloro che sono affetti da gravi patologie oncologiche con riduzione della capacità lavorativa anche per l'effetto invalidante causato da farmaci salva vita hanno diritto a trasformare il proprio rapporto da tempo pieno a tempo parziale (previo accertamento sanitario della ASL) con possibilità di tornare al tempo pieno in caso di miglioramento delle condizioni.

Parimenti sussiste una priorità nella trasformazione del rapporto quando il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore interessato sono invalidi al 100% ovvero necessitano di assistenza continua.

La discrezionalità della PA nel concedere il *part-time* si riferisce non solo alle richieste successive alla entrata in vigore della l. 183/10 ma anche ai provvedimenti di concessione adottati prima.

Nello specifico, l'art. 16 del Collegato consente al datore di riconsiderare, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge, i *part-time* autorizzati prima della entrata in vigore del dl 112/08 convertito con l. 133/08. (anche se, la lettera dell'art. 16 escluderebbe, dal diverso tipo di valutazione, i *part-time* concessi dopo il 25.6.2008, data di entrata in vigore della l. 133/98).

La revisione dei *part-time* già concessi dovrà avvenire sulla base dei noti criteri di efficienza ed efficacia, in considerazione dell'incarico o della mansione svolta dal dipendente, della eventuale carenza di organico ove è inserito e del pregiudizio che potrebbe derivare

alla funzionalità della amministrazione, dei problemi che si creerebbero all'utenza nel caso il richiedente svolgesse un servizio essenziale alla collettività.

Il tenore dell'art. 16 attribuisce di fatto al datore di lavoro una mera potestà a riconsiderare i *part-time* già concessi, non un vero e proprio obbligo.

Si osserva come, dal momento che i principi che dovranno sovrintendere alla nuova valutazione del datore per la concessione del *part-time* saranno quelli della correttezza e della buona fede, è prevedibile l'insorgenza di contrasti (e quindi di possibile contenzioso) legati alla difficoltà di armonizzare detti principi con quello, di pari dignità, dell'affidamento del dipendente sul *part-time* a suo tempo a lui concesso.

Dalla nuova valutazione e dalla comparazione tra le esigenze del datore di lavoro pubblico (come detto, ora preminenti rispetto al passato) con quelle del dipendente, potrà derivare, alternativamente: la conferma della precedente autorizzazione, la sua revoca, la individuazione di un *part-time* con una determinazione oraria concordata e condivisa a superamento delle contrapposte esigenze.

#### **Aspettativa (art. 18, l. 183/10).**

Secondo quanto dispone l'art. 18 del Collegato, il personale pubblico può chiedere e beneficiare di una aspettativa, senza assegni e senza decorrenza dell'anzianità di servizio, per un periodo non superiore a dodici mesi (fruibile anche in più *tranches* durante l'arco lavorativo del dipendente), anche per avviare attività professionali od imprenditoriali.

Trattasi di una novità davvero importante, una prosecuzione evolutiva del collegamento e della comunicabilità tra il mondo del lavoro pubblico con quello privato già tracciato dall'art. 23 *bis*, d. lgs. 165/01 (disciplina fatta salva, non a caso, dal co. 3 dell'art. 18 del Collegato).

In pratica al dipendente pubblico viene ora consentito di transitare nel mondo del lavoro autonomo per potervi lavorare.

Vengono così incentivati quei soggetti che, avendo acquisito delle competenze e delle professionalità anche durante il rapporto di lavoro pubblico, desiderino non soltanto svol-

gere una attività subordinata presso un datore di lavoro privato ma, come detto, avviare una attività imprenditoriale o professionale alla quale (eventualmente) dedicarsi a tempo pieno alla scadenza del periodo di aspettativa, dopo aver formalizzato le dimissioni dalla propria amministrazione.

L'aspettativa viene concessa dalla amministrazione all'esito del vaglio della documentazione prodotta dall'interessato e previa ponderazione delle esigenze organizzative datoriali.

Specificamente, chi richiede la aspettativa dovrebbe rappresentare e documentare all'amministrazione di appartenenza (a titolo esemplificativo):

- il settore ove intraprendere la attività;
- la forma giuridica della attività e la documentazione presupposta e necessaria, compresi i titoli e le abilitazioni all'uopo necessarie;

- la ricerca di mercato;

la pertinenza dell'attività imprenditoriale da svolgere con le mansioni svolte nella pubblica amministrazione;

- le possibilità economiche e la garanzia di solvibilità.

Il datore di lavoro, dal canto suo, deve valutare le proprie esigenze organizzative, l'organico ove il richiedente è inserito, la posizione occupata da questi, la specificità delle mansioni svolte.

Nonostante gli interessi contrapposti e le rispettive esigenze, lo spirito della legge sembrerebbe essere, comunque, quello di agevolare il più possibile la concessione di questa particolare tipologia di aspettativa, cercando di facilitare, si ripete, il passaggio del personale pubblico a forme di lavoro autonomo od imprenditoriale.

Durante il periodo di aspettativa il dipendente mantiene la qualifica posseduta ed è sempre possibile il ricongiungimento dei periodi contributivi ad esso spettanti.

#### **Eliminazione di ogni forma di discriminazione e garanzia delle pari opportunità nelle pubbliche amministrazioni (art. 21, l. 183/10).**

L'art. 21 del Collegato apporta, con riferimento all'argomento trattato, rilevanti modi-

fiche ed integrazioni al d. lgs. 165/2001.

Rispetto alla garanzia delle pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori per l'accesso e il trattamento al lavoro già previsti all'art. 1, co. 1 del d. lgs. citato, il Collegato aggiunge quella della “... assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica”.

Viene quindi resa cogente in maniera incisiva la tutela da quelle forme discriminatorie psico-fisiche, dirette od indirette, relativamente:

- all'età (per la assegnazione dei compiti, il Dirigente deve tenere presente la sola capacità professionale e non l'età);

- all'orientamento sessuale (così come non possono essere motivo di discriminazione le differenze di sesso, lo stesso deve valere per le differenze di orientamento sessuale);

- alla razza e all'origine etnica (in ragione della globalizzazione e della libera circolazione tra stati);

- alla disabilità (la inferiorità dei portatori di handicap deve essere superata con l'ausilio di strumenti tecnici ad hoc e soprattutto con una organizzazione del lavoro che concorra ad eliminare ogni discriminazione con i normodotati, ad esempio con il ricorso alla flessibilità dell'orario, telelavoro, ecc.);

- alla religione e alla lingua;

- all'accesso al lavoro (con il rispetto dell'art. 97 della Costituzione senza che vengano meno le quote riservate ai soggetti portatori di gravi disabilità, ai familiari delle vittime del terrorismo e dei caduti nelle missioni militari di pace all'estero);

- al trattamento e alle condizioni di lavoro;

- alla formazione professionale;

- alla sicurezza sul lavoro.

L'art. 21 del Collegato in commento, nel riscrivere l'art. 57 del d. lgs. 165/01, prescrive che entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della l. 183/10, le singole amministrazioni pubbliche debbano costituire nel loro interno il “Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni”.

In pratica detto Comitato concentra in un unico organismo - nella logica del principio di razionalizzazione e semplificazione che ca-

atterizza la moderna PA - le competenze fino ad ora attribuite ai comitati per le pari opportunità e ai comitati paritetici sul fenomeno del mobbing.

Il Comitato unico ha precisi compiti propositivi, consultivi e di verifica finalizzati ad ottimizzare la produttività e l'efficienza delle prestazioni e garantendo, come sopra detto, la tutela da ogni discriminazione, attuando le direttive della Unione europea in materia di pari opportunità, contrasto alla discriminazione ed alla violenza morale o psichica.

Il Comitato è composto, in forma paritetica, da componenti designati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dell'amministrazione e di rappresentanti della medesima amministrazione. Il Presidente del Comitato è designato dall'amministrazione.

La mancata costituzione del Comitato unico di garanzia da parte del dirigente incaricato della gestione del personale, comporta un preciso addebito nei confronti di lui con riverberi negativi sulla propria valutazione relativa al raggiungimento degli obiettivi.

Le modalità di funzionamento saranno emanate, entro 90 giorni dalla entrata in vigore della legge, con apposita Direttiva della Funzione Pubblica che fisserà le necessarie linee guida.

### **Protezione dei dati personali (art. 14, l. 183/10).**

Altra novità del Collegato lavoro afferisce alla disciplina del trattamento di dati personali e della loro protezione da parte di soggetti pubblici.

L'art. 14 del Collegato, a parziale modifica del codice in materia di protezione dei dati personali (d. lgs. 196/03), assicura e garantisce la trasparenza delle informazioni concernenti lo svolgimento delle mansioni di chiunque sia addetto a una funzione pubblica (nome, orario di servizio, mansioni svolte, assenze dal servizio, etc.), ivi comprese le determinazioni sulla valutazione delle prestazioni lavorative che, per ciò stesso, deve essere trasparente (prima il codice affermava che dette notizie “non sono oggetto di protezione della riservatezza personale”).

L'espressione “addetto ad una funzione pubblica” consente di poter riferire la norma

in commento non solo al dipendente nella accezione classica ma anche a colui che, in generale, svolga una attività pubblica ed eserciti poteri pubblici concorrendo semplicemente a formare la volontà di una pubblica amministrazione, anche in forma sussidiaria o accessoria.

### **Due precisazioni.**

Il legislatore, con la novella in commento, non ha inteso rendere conoscibili a chiunque le informazioni che riguardano il dipendente, ma soltanto "accessibili", da parte dell'amministrazione di appartenenza, a colui che dimostri l'interesse sostanziale collegato ad una specifica situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

Sono rese invece non ostensibili (cioè protette), se non nei casi previsti dalla legge:

le notizie riferite alla natura della infermità e degli impedimenti personali (ad esempio, i permessi per motivi di studio, il certificato di malattia, la richiesta di congedo o la domanda di aspettativa per maternità, etc.) o familiari causativi l'astensione dal lavoro;

le componenti della valutazione o le notizie concernenti il rapporto di lavoro tra il dipendente e la propria amministrazione idonea a rivelare taluna delle informazioni sui dati sensibili (e, cioè i dati rivelatori l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose e filosofiche, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale).

Per completezza si segnala come il co. 2 dell'art. 14, intervenendo sulla materia pensionistica, disponga che per le determinazioni relative ai trattenimenti in servizio e alla risoluzione del rapporto di lavoro e di impiego, gli enti e gli altri organismi previdenziali debbano comunicare, anche in via telematica, alle amministrazioni pubbliche richiedenti i dati relativi all'anzianità contributiva dei dipendenti interessati.

### **Adempimenti formali relativi alle pubbliche amministrazioni. Le comunicazioni obbligatorie (art. 5, l. 183/10).**

Il co. 1, cpv. b) dell'art. 5, dispone che en-

tro il ventesimo giorno del mese successivo alla data di assunzione, di proroga, di trasformazione e di cessazione del rapporto di lavoro, il datore di lavoro pubblico ha l'obbligo di comunicare al Centro per l'Impiego nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro del dipendente, l'assunzione (a tempo determinato od indeterminato, con contratto formativo, con contratto co.co.co. ovvero a seguito di avviamento di "categorie protette"), la proroga (riferiti ai contratti a tempo determinato), la trasformazione (es. da tempo pieno a *part-time*) e la cessazione (licenziamento, dimissioni, collocamento a riposo) dei rapporti di lavoro relativi al mese precedente.

Diversamente dalla regolamentazione antecedente la novella in commento, l'onere di detta comunicazione obbligatoria - riferita a tutte le amministrazioni dello Stato ivi compresi gli enti locali - non è più preventiva rispetto alla assunzione, alla proroga, alla trasformazione e alla cessazione del rapporto di lavoro, bensì successiva.

Detta comunicazione deve avvenire per via telematica.

Sempre per via telematica le pubbliche amministrazioni - che secondo quanto già previsto dal co. 1 dell'art. 21 della l. n. 69/2009 hanno l'obbligo di pubblicare sul proprio sito internet le retribuzioni annuali, i *curricula vitae*, gli indirizzi di posta elettronica e i numeri telefonici ad uso professionale dei dirigenti e dei segretari comunali e provinciali nonché di rendere pubblici i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale distinti per uffici di livello dirigenziale - devono comunicare detti dati al dipartimento della Funzione Pubblica per la successiva pubblicazione sul relativo sito istituzionale (l. 69/09, art. 21, co. 1 *bis* introdotto dalla l. 183/10).

Il mancato assolvimento di detto ultimo onere rileva ai fini della misurazione e valutazione della performance individuale del dirigente preposto a detto incumbente.

Particolare rilievo va riconosciuto al co. 3 dell'art. 5 in commento che, modificando quanto previsto dal co. 2 dell'art. 4 *bis*, d.lgs. 181/01, sancisce che l'obbligo imposto al datore di consegnare al lavoratore le informa-

zioni sul rapporto di lavoro debba ora avvenire entro il giorno 20 del mese successivo dalla “*instaurazione del rapporto di lavoro*” e non più dalla “*assunzione*”.

### **Congedi, permessi ed assenze per malattia (artt. 23-25, l. 183/10).**

L’art. 23 del Collegato dispone che il Governo, entro sei mesi dall’entrata in vigore della l. 183/10 (24.11.2010), possa esercitare una delega per il riordino della normativa vigente in materia di congedi, assenze per malattia e permessi fruibili dai dipendenti pubblici (e privati). L’adozione dei decreti legislativi attuativi della delega, non dovrà comportare nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica.

In attesa di detto riordino, che dovrà avvenire nel rispetto dei principi e criteri direttivi elencati nell’art. 23, il successivo art. 24 ha apportato sostanziali modifiche alla disciplina in materia di permessi per l’assistenza a persone con disabilità in situazione di gravità.

L’art. 24 della l. 183/10 ridefinisce i criteri e le modalità per ottenere i benefici della l. 104/92.

Per effetto della nuova normativa, solamente i parenti ed affini entro il secondo grado (nel sistema previgente era entro il terzo) hanno diritto ad usufruire di tre giorni di permesso mensile retribuito (con contribuzione figurativa), anche continuativi, per l’assistenza di una persona affetta da handicap grave ricoverata non a tempo pieno (il disabile non deve essere cioè ricoverato per l’intero arco delle 24 ore presso strutture che forniscono assistenza sanitaria continua).

Tale diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l’assistenza alla stessa persona con grave handicap.

Pertanto, fermo restando che i giorni di permesso sono previsti dalla legge nel limite di tre/mese per soggetto disabile, tali giornate dovranno essere fruite esclusivamente da un solo lavoratore, non potendo invece essere godute alternativamente da più beneficiari.

Il diritto può essere esteso ai parenti e agli affini di terzo grado (a titolo esemplificativo sono parenti di terzo grado: zii, nipoti in quanto figli di fratelli/sorelle, bisnonni, pronipoti in linea retta; sono affini di terzo grado

zii acquisiti, nipoti acquisiti) della persona con disabilità in situazione di gravità soltanto qualora i genitori o il coniuge della persona in situazione di disabilità grave abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

La circ. INPS del 3.12.2010, n. 155 - cui si rimanda per brevità di riferimento - intervenuta all’indomani della entrata in vigore della l. 183/10, fornisce istruzioni in merito alle disposizioni introdotte dal citato art. 24 della medesima l. n.10, nonché importanti precisazioni terminologiche.

La richiamata circ. 155/10 chiarisce ad esempio che, stante la mancanza di una esplicita definizione di legge, le patologie caratterizzanti la “*gravità*” presupposta alla concessione dei benefici, sono solo quelle a carattere permanente indicate nel d. Interm. n. 278 del 21.7.2000.

Per quanto concerne l’assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente.

La l. 183/2010 interviene sull’art. 33, co. 3, della l. 104/92 prevedendo che, anche per i parenti e gli affini del minore di tre anni in situazione di disabilità grave, sussiste la possibilità di godere dei tre giorni di permesso mensili. Detta possibilità riguarda anche i genitori di un minore di tre anni in situazione di disabilità grave quale alternativa alle altre prerogative previste dal d. lgs. 151/2001 (prolungamento del congedo parentale o due ore di permesso al giorno).

Successivamente al compimento del terzo anno di età del bambino con *handicap* in situazione di gravità, è riconosciuto ad entrambi i genitori anche adottivi il diritto a fruire dei permessi alternativamente ed anche in maniera continuativa nell’ambito del mese.

Altra importante novità introdotta dal Collegato è rappresentata dal venir meno dei requisiti della “*continuità*” e della “*esclusività*” della assistenza, quali presupposti necessari per il godimento dei permessi in parola da parte dei beneficiari (da ricordare che il requisito della “*convivenza*” era già stato eliminato dall’art. 20 della l. 53/2000).

Viene meno, pertanto, l'incombente previsto dalla circ. Inps 90/2007, che imponeva agli uffici l'acquisizione delle dichiarazioni relative alla sistematicità e alla adeguatezza dell'assistenza al disabile.

La l. 183/10 ha inoltre modificato la normativa concernente il beneficio dell'avvicinamento alla sede di servizio (art. 33, co. 5, l. 104/92).

Il lavoratore che presta assistenza ha ora diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere (prima della riforma la sede doveva essere vicina al domicilio del lavoratore).

E' prevista la decadenza, per il lavoratore, dal diritto a beneficiare dei permessi in discorso nell'ipotesi in cui il datore di lavoro o l'Inps accertino l'insussistenza dei requisiti legittimanti ovvero il loro venir meno (co. 7 bis dell'art. 33 l. 104/92 introdotto dalla l. 183/10, per la cui applicazione l'INPS provvederà a verifiche a campione di quanto dichiarato dai lavoratori per la fruizione dei permessi). Entro i successivi trenta giorni dovranno essere comunicate dal lavoratore al datore le eventuali variazioni delle notizie o delle situazioni autocertificate per l'ottenimento dei permessi.

Sussiste responsabilità penale (e per violazione delle leggi speciali in materia) nel caso di dichiarazioni mendaci e per la stesura e/o l'uso di atti falsi (d.P.R. 445/2000, art. 76).

Sempre in tema di responsabilità, vanno richiamate le recenti disposizioni per il contrasto delle frodi in materia di invalidità civile, handicap e disabilità, di cui al co. 2, art. 20 l. 102/09 e art. 10, n. 3 d.l. 78/01 convertito nella l. 122/10.

Le domande presentate dopo il 24.11.2010 data di entrata in vigore della l. 183/10, dovranno essere valutate alla luce dei nuovi criteri. Stessa cosa per le richieste a quella data pervenute relativamente ai rapporti per i quali non sia intervenuta sentenza passata in giudicato (rapporti esauriti).

Per le istanze presentate precedentemente al 24.11.2010 ma non ancora istruite e per i provvedimenti a tale data adottati in base alle disposizioni previgenti, l'ufficio dovrà procedere al riesame delle domande pervenute da parenti e affini di terzo grado dei soggetti disabili in situazione di gravità nonché quelle presentate da più familiari (a meno che non si tratti dei due genitori) per l'assistenza allo stesso soggetto con disabilità in situazione di gravità.

«.....GA.....»

## APPLICABILITÀ ALLE REGIONI E AGLI ENTI LOCALI DELLE NORME DEL D. LGS. N.150/2009 ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

dell'Avv. Fabio Falco

*La sentenza della C. cost .n. 324/2010 afferma, in materia di mobilità e di conferimenti di incarichi dirigenziali all'esterno, l'applicabilità delle norme del d.lgs. n.165/2001 e s.m.i. alle regioni*

Il d. lgs. n. 150/2009, all'art. 40 ed all'art. 49, ha portato rilevanti modifiche al d. lgs. n.165/2001, con particolare riferimento al conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla PA di cui all'art. 19 ed alle c.d. procedure di mobilità volontaria di cui all'art. 30.

E' stato, in particolare, novellato l'art. 19, co. 6 del cit. testo normativo, prevedendo che il conferimento di incarichi dirigenziali, a personale non appartenente ai ruoli dell'amministrazione conferente, debba avvenire (i) con un "provvedimento motivato", (ii) a soggetti "di particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione" e (iii) nel rispetto di rigidi percentuali numeriche da calcolare con esclusivo riferimento ai ruoli della dirigenza.

E' stato, altresì, novellato l'art. 30, co. 1 sempre del citato d. lgs. n.165/2001, che ora impone alle amministrazioni pubbliche "di rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta".

In precedenti articoli pubblicati su questa rivista, si era già affermata la diretta applicabilità delle predette norme del d. lgs. n. 150/2009 alle regioni ed agli enti locali, stante la lettera del co. 6 *ter*, dell'art. 19 del d. lgs. n. 165/2001 ai sensi del quale le disposizioni dell'art.19, co. 6 e co. 6 *bis*, si applicano anche alle regioni, alle province ed ai comuni, attraverso l'esplicito richiamo alle amministrazioni di cui al co. 2 dell'art.1 del medesimo d. lgs. n.165/2001; nonché, per ciò che concerne le procedure di mobilità, stante l'espresso disposto del co. 1 dell'art.30 del predetto testo normativo.

Sussistevano, tuttavia, anche a fronte del *dictum* del legislatore delegato, dei dubbi circa l'effettiva estensione della normativa statale agli enti locali, anche sul piano della legittimità costituzionale *sub specie*, in particolare, di violazione dell'autonomia organizzativa in materia di personale e uffici riconosciuta dall'art. 117, III e IV co., cost. alle regioni.

Sul punto è recentemente intervenuta la C. cost. che, con la sentenza n. 324 del 12.11.2010, ha espressamente affermato la legittimità costituzionale dell'art. 40 e dell'art. 49 del d. lgs. n. 150/2009 e, quindi, chiarito che le norme del d. lgs. n. 165/2001 sono direttamente applicabili alle regioni e agli enti locali, con le seguenti argomentazioni: "l'art. 19, co. 6, del d. lgs. n.165/2001 contiene una pluralità di precetti relativi alla qualificazione professionale ed alle precedenti esperienze lavorative del soggetto esterno, alla durata massima dell'incarico (e, dunque, anche del relativo contratto di lavoro), etc. (...) Tale disciplina non riguarda, pertanto, né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego, né la scelta della modalità di costituzione di quel rapporto giuridico. Essa, valutata nel suo complesso, attiene ai requisiti soggettivi che debbono essere posseduti dal contraente privato, alla durata massima del rapporto, ad alcuni aspetti del regime economico e giuridico ed è pertanto riconducibile alla regolamentazione del particolare contratto che l'amministrazione stipula con il soggetto ad essa esterno cui conferisce l'incarico dirigenziale. Non sussiste, dunque, violazione degli artt. 117, coo. 3 e 4, e 119 cost., appunto perché la norma impugnata non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pub-

blica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale".

Analoghe considerazioni svolge il Giudice delle leggi in ordine alle norme sulla mobilità che sarebbe anch'essa materia di "ordinamento civile" riservata alla competenza statale in quanto "l'istituto della mobilità volontaria altro non è che una fattispecie di cessione del contratto; a sua volta la cessione del contratto è un negozio tipico disciplinato dal codice civile (artt. 1406-1410). Si è pertanto in materia di diritto privato e gli oneri imposti alla PA dall'art. 49 d.lgs. n.150/2009 rispondono semplicemente alla necessità di rispettare l'art. 97 cost."

La sentenza della C. cost. n.324/2010 chiarisce che l'applicabilità delle norme del novellato d. lgs. n. 165/2001 agli enti locali deriva, oltre che dal dettato normativo, dalla circostanza che gli artt. 40 e 49 del d. lgs. n. 150/2009 sono espressione di legislazione statale esclusiva, afferendo "all'ordinamento civile".

Conseguentemente non può essere dedotta alcuna violazione delle prerogative costituzionali delle regioni, posto che il legislatore delegato, normando in una materia ove deve essere garantita sul piano nazionale un'unità sistematica di disciplina, ha come unico limite il rispetto della costituzione, nella specie non violata.

Per completezza va portata all'attenzione la recentissima sentenza del TAR Lazio, I ter, n. 38002 del 22.12.2010, che ha affermato che l'art. 30 del d. lgs. n. 165/2001, come novellato dal d. lgs. n.150/2009, si applica alle regioni non in quanto norma statale di competenza esclusiva afferente "all'ordinamento civile", quanto piuttosto come norma di principio in materia di competenza regionale concorrente (*rectius* residuale) cui, comunque, le regioni devono attenersi in quanto vertente su aspetti che necessitano una disciplina unitaria in tutte le amministrazioni pubbliche, sia statali che locali.

In ogni caso, quindi, ciò che è evidente, al di là della prospettiva usata e della qualificazione giuridica, è che il d. lgs. n. 165/2001,

novellato, si applica alle regioni ed agli enti locali ogni qual volta le norme che lo stesso detta necessitano, sul piano sistematico, di una applicazione unitaria in tutte le amministrazioni pubbliche.

A ben vedere, pertanto, la sentenza della C. cost. n. 324/2010, più che porre problemi in ordine dell'applicabilità agli enti locali delle norme sul conferimento all'esterno degli incarichi dirigenziali e sulla mobilità, intuibile *ex lege* e - come riportato già in precedenti articoli pubblicati su questa rivista - già affermata dalla migliore giurisprudenza del CdS (Sez. V n. 2800/2010), introduce un interessante profilo in ordine alla giurisdizione sulle controversie eventualmente inerenti le predette materie.

Infatti affermare che i conferimenti di incarichi dirigenziali all'esterno e la mobilità afferiscono all'ordinamento civile, cioè a materie appartenenti alla sfera del diritto privato anche per ciò che concerne "la stipula contratto", fa pensare che nella specie l'attività della pubblica amministrazione sia paritetica ed impinga esclusivamente su diritti soggettivi. Pertanto, pur nel limite del rispetto dei principi di cui all'art. 97 cost., l'amministrazione, che conferisce un incarico a soggetto esterno ovvero che applichi l'art. 30, co.1, d. lgs. n. 165/2001 novellato, opera *iure privatorum*, cioè sprovvista di quella particolare autoritatività pubblicistica che affievolisce in interesse legittimo il diritto soggettivo del privato alla corretta gestione del rapporto di lavoro, con conseguente giurisdizione del G.O., secondo l'ordinario criterio di riparto.

In altri termini, affermare che le predette materie sono di diritto privato anche per taluni aspetti della fase costitutiva (stipula del contratto), fa pensare che anche la scelta - di andare all'esterno ovvero di attuare la mobilità - non postuli l'esercizio di poteri amministrativi discrezionali ed autoritativi (il cui esercizio, producendo situazioni di interesse legittimo, comporterebbe la giurisdizione del G.A.), ma che la stessa scelta operi su un piano paritetico ove permangono diritti soggettivi del privato, tutelabili davanti al G.O..

Orbene, è chiaro che una siffatta interpretazione della sentenza n. 324/2010 si pone in contrasto con l'orientamento esistente della

giurisprudenza di legittimità secondo il quale la fase costitutiva del rapporto - cioè la scelta di andare all'esterno ovvero quella di attuare la mobilità (che seppure obbligatoria non è automatica) prima di indire un concorso - attiene ad un momento discrezionale ed autoritativo dell'*agere publicum*, essendo espressione di un potere funzionale di tipo organizzativo, cui si correlano, necessariamente, posizioni di interesse legittimo in capo ai privati coinvolti, la cui cognizione spetta al G.A. secondo l'ordinario criterio di riparto.

Per tale ragione assume rilievo l'orientamento espresso dalla citata sentenza del TAR Lazio, I *ter*, n.38002 del 22.12.2010, ove si afferma l'applicabilità alle regioni dell'art. 30 d. lgs. n. 165/2001 non già quale norma che attiene all'ordinamento civile, ma come principio fondamentale della residuale competen-

za legislativa regionale in materia di organizzazione di uffici e del personale.

Infatti tale interpretazione consente di non avere dubbi sull'esistenza del potere funzionale dell'amministrazione in tema di organizzazione degli uffici, che continuerebbe a giustificare pienamente (e coerentemente con la prevalente giurisprudenza), la giurisdizione del G.A. sulle controversie in materia di scelta discrezionale - di conferire un incarico a soggetto esterno ovvero di avviare le procedure di mobilità prima di indire un concorso in coerenza con gli ordinari principi del riparto, applicando i quali, sulle fasi costitutive del rapporto di lavoro tra privato e PA, la giurisprudenza ha sempre individuato l'espressione di un potere pubblico, che si estrinseca in procedure concorrenziali e che, pertanto, genera posizioni di interesse legittimo.

«.....GA.....»

# RICORSO PER L'EFFICIENZA ED EFFICIENZA DEL RICORSO

del Dott. Tommaso Ajello

Il d. lgs. 20.12.2009, n. 198 ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 4 della l. 4.3.2009, n. 15 con l'introduzione nel nostro ordinamento del ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, c.d. *class action pubblica*

## 1. Cenni introduttivi. La *class action pubblica* fra efficacia ed efficienza della PA.

La recente introduzione della c.d. *class action*<sup>1</sup> nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici sembra essere il naturale completamento dell'assetto ordinamentale cui è stata via via informata l'attività amministrativa, secondo un percorso evolutivo che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, va dall'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo, successivamente più volte modificata, all'emanazione della Carta dei servizi pubblici<sup>2</sup>; alla c.d. privatizzazione del

pubblico impiego con la separazione fra attività di indirizzo e controllo, rimessa al vertice politico, e quella di gestione, riservata ai dirigenti; all'introduzione dei controlli interni<sup>3</sup>; alla risarcibilità degli interessi legittimi<sup>4</sup>; al superamento della c.d. pregiudizialità amministrativa.

Tutto nel segno della misurabilità dell'attività amministrativa, informata a criteri di economicità, efficacia, efficienza, pubblicità, imparzialità e trasparenza, con il progressivo superamento di un controllo sugli atti amministrativi, meramente formale, ed il passaggio alla c.d. amministrazione di risultato, secondo la nota intuizione di Massimo Severo Giannini cui si deve la considerazione della pubblica amministrazione come un'azienda di servizi e la conseguente riconducibilità della attività amministrativa in termini di prestazioni misurabili e verificabili, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, presentata nell'omonimo rapporto del 1979<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Il termine *class action*, scontato l'attuale favor nell'opinione pubblica per tale strumento, è però usato in senso atecnico, stante alcune rilevanti differenze strutturali e funzionali con l'istituto di origine statunitense. Secondo "la rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure", infatti, la *class action* consiste nella "legittimazione individuale di un membro di qualunque gruppo, classe o categoria di persone, a far valere in nome e per conto di tutti coloro che sono ricompresi in quel gruppo, classe o categoria di persone, i diritti di tutti quei soggetti". Cfr., M. TARUFFO, *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Atti del convegno di Studi, Roma, a.a. 2001-2002, Torino, Giappichelli, p. 58; P. MAZZINA, *Prime considerazioni sugli aspetti costituzionali dell' "azione collettiva"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), pp. 5-6, che analizza l'istituto della *class action* nell'ordinamento statunitense. Nota correttamente, A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in [Giustamm.it](http://Giustamm.it), 2009, come in realtà si tratti di "un'azione di adempimento a tutela di interessi di classe".

<sup>2</sup> La Carta dei servizi pubblici è stata adottata con la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27.1.1994, tesa a specificare i diritti degli utenti e gli

obblighi dei soggetti erogatori, ad individuare i principi cui deve essere preordinata l'attività di servizio pubblico, ad introdurre forme di protezione degli utenti e di tutela dei loro diritti, agevolmente esperibili (in questo senso deve esser letta la previsione di sistemi di indennizzi automatici e forfettari) e, soprattutto, la partecipazione degli utenti stessi alla definizione degli standards e dei parametri di qualità ed efficacia dei servizi medesimi oltretutto alla valutazione e al controllo dei risultati conseguiti.

<sup>3</sup> I controlli interni nelle pp.aa. sono stati introdotti dal d.lgs. 30.7.1999, n. 286.

<sup>4</sup> Come noto, l'apertura alla generale risarcibilità degli interessi legittimi si deve alla sentenza della Cass. sez.un. 22.7.1999, n.500

<sup>5</sup> "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato" del 16.11.1979, ora in [www.tecnichennormative.it/RapportoGiannini.pdf](http://www.tecnichennormative.it/RapportoGiannini.pdf). V., al riguardo, S. CASSESE, *Lo Stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *G.d.A.*, 2000, pp. 99 ss. Ricorda, peraltro, G. MELIS, *Storia*

Sembra opportuno, innanzitutto, evidenziare che le amministrazioni pubbliche, tanto quando agiscono come autorità quanto nell'attività c.d. di prestazione, nel perseguire in maniera efficace ed efficiente i diversi interessi pubblici loro affidati, da un lato soddisfano diritti dei cittadini costituzionalmente tutelati, dall'altro rinvergono il loro criterio di legittimazione.

In questo contesto si inseriscono, sia la c.d. riforma Brunetta del lavoro pubblico che mira ad incentivare e premiare il merito dei dipendenti pubblici, ad una maggiore responsabilizzazione dei dirigenti e a riformare il sistema di valutazione dei risultati<sup>6</sup> con l'obiettivo di ovviare agli inconvenienti che gli strumenti, in precedenza predisposti per ottenere i medesimi risultati, avevano prodotto; sia l'istituto del ricorso per l'efficienza delle PP.AA., c.d. *class action* pubblica.

Delineati brevemente i tratti strutturali e funzionali della *class action* pubblica, si intende analizzarne le potenzialità applicative ai fini di una maggior tutela dei cittadini e di un enforcement dei soggetti pubblici verso un agire amministrativo improntato a criteri di efficienza ed efficacia.

## 2. La *class action* pubblica: le situazioni tutelate.

Il ricorso all'azione collettiva nei confronti della PA è previsto nei casi di "violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi", "violazione dei termini o mancata emanazione di atti amministrativi generali" quando si verifichi "la lesione di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità

---

dell'amministrazione italiana, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 424, come già nell'immediato dopoguerra si pose l'esigenza di razionalizzare e semplificare l'attività della pubblica amministrazione. Al riguardo, interessanti sono le conclusioni di un'indagine pubblica secondo cui "la trattazione degli affari amministrativi permane alquanto formalistica e manca di quella speditezza che è facile riscontrare nelle aziende private" (v., Circolari della Presidenza del Consiglio nn. 30602 e 30603 del 20.12.1948).

<sup>6</sup> I provvedimenti adottati su impulso del Ministro Brunetta per la riforma della PA e del lavoro pubblico sono essenzialmente la l. 6.8.2008 n. 133; la l.4.3.2009, n. 15; la l.18.6.2009, n. 69; il d.lgs. n. 150 del 27.10.2009.

di utenti o consumatori"<sup>7</sup>.

In merito alla prima ipotesi, deve rilevarsi che la *class action* va inquadrata nello schema generale della c.d. "amministrazione di risultato", oltre che nello specifico profilo della recente riforma della PA teso a realizzare una completa trasparenza; trasparenza funzionale ad un'accessibilità totale dei dati e delle informazioni rilevanti, strumentale quest'ultima a forme di controllo diffuso sui risultati dell'azione amministrativa<sup>8</sup>.

La seconda fattispecie prevista è destinata, invece, a porre rimedio sia alla violazione dei termini procedurali, che all'inerzia della PA nell'adozione di atti a contenuto generale e a carattere non normativo, la cui emanazione sia obbligatoriamente prevista entro un termine determinato da una legge o da un regolamento, affiancandosi, in questo caso, all'ipotesi prevista dall'art. 2, co. 5, della legge sul procedimento amministrativo per la cui tutela il codice del processo amministrativo disciplina il ricorso *ex art.* 31, secondo il rito di cui all'art. 117.

Risulta essenziale evidenziare come il ricorso per l'efficienza della PA, affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>9</sup>, non tenda ad ottenere un risarcimento economico del danno prodotto dalla condotta della PA<sup>10</sup>, essendo invece caratterizzato dal fine di "ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio"<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Il decreto delegato non ha trasposto l'ipotesi di "omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori", presente nella legge delega, fra le fattispecie legittimanti la proposizione del ricorso.

<sup>8</sup> V., sulla trasparenza, l'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009; mentre l'art. 8 del medesimo decreto fa riferimento all'utilità di forme di collaborazione e partecipazione degli interessati alla valutazione delle performance pubbliche. Al riguardo, v., F. MARTINES *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in *Giustamm.it*, 2010, che, inoltre, sottolinea come tali normative costituiscano forme di attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

<sup>9</sup> L'affiancamento della giurisdizione di merito a quella di legittimità, originariamente prevista nella legge delega, è stata poco opportunamente eliminata in sede di decreto attuativo.

<sup>10</sup> In tale ottica, la disposizione prevede che "restano fermi i rimedi ordinari".

<sup>11</sup> Così, l'art. 1 del decreto delegato.

Nella prospettiva dell'"*amministrazione di risultato*", l'azione collettiva pubblica, specie nel caso in cui verta sulla violazione di standard qualitativi dell'attività della PA, sembra porsi quale strumento per sottoporre al vaglio giurisdizionale l'attività amministrativa nel suo complesso, al di là della mera conformità dei singoli atti allo schema normativo previsto, per reagire alla lesione del principio costituzionale di buon andamento<sup>12</sup>.

Tale impostazione pone le basi per superare, peraltro, la tradizionale "autoreferenzialità" dell'organizzazione pubblica. Sotto il profilo delle situazioni giuridiche soggettive, infatti, "*l'amministrato*" è sempre stato considerato come portatore di "*un mero interesse di fatto, non giuridicamente protetto, all'efficienza dell'organizzazione amministrativa*". L'istituto in esame e, più in generale, la riforma Brunetta potrebbe, infatti, contribuire a "*trasformare la pretesa degli amministrati (e degli utenti) ad una 'buona amministrazione' in un interesse giuridicamente rilevante*"<sup>13</sup>.

Il ricorso per l'efficienza si tradurrebbe, pertanto, in uno strumento "*di controllo e*

*sterno di tipo giudiziale sull'osservanza degli standards (di qualità, di economicità e di tempestività) imposti*"<sup>14</sup>

Vero è che, per questa strada, si andrebbe verso la configurazione di una giurisdizione di tipo oggettivo, tesa a sindacare il buon andamento della PA, quale rimedio ad eventuali casi di *maladministration*, in cui l'interesse soggettivo del singolo, però, seppur differenziato, rischia di rimanere sullo sfondo, specie in considerazione dei poteri del giudice adito e del possibile contenuto della sentenza di accoglimento<sup>15</sup>. Secondo alcuni, si tornerebbe indietro nel tempo alla concezione dell'"*interesse occasionalmente protetto*"<sup>16</sup>.

### 3. La *class action* pubblica: la legittimazione ad agire.

La formulazione normativa concernente la legittimazione ad agire pone qualche incertezza interpretativa.

Spetta, infatti, sia al singolo per la tutela di un suo interesse giuridicamente rilevante, che sia omogeneo a quello di una pluralità di utenti, sia ad associazioni o comitati di soggetti che appartengano alla medesima classe di consumatori o utenti lesi dall'attività o dal comportamento dell'amministrazione.

La legittimazione a ricorrere del singolo viene condizionata dall'esistenza di una lesione "diretta, concreta e attuale" di una propria situazione giuridica soggettiva, "*omogenea*" per una pluralità di utenti e consumatori. Il singolo agisce, pertanto, a tutela sia di un interesse proprio che di un interesse comune alla classe, individuale ma isomorfo per una pluralità di utenti<sup>17</sup>.

12 In questo senso, cfr., il parere del Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943, sullo schema di d.lgs. di attuazione dell'art. 4, l. 4.3.2009, n. 15. In dottrina, v., F. MARTINES, *L'azione di classe... del d.lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in *Giustamm.it*, 2010, ritiene che "*il nuovo strumento processuale contribuirà a rendere più pregnanti i principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (corollari del buon andamento) evitando che essi possano considerarsi mere dichiarazioni di principio o di intenti e facendo sì che possano effettivamente tradursi in parametri concreti dell'agere pubblico*". In senso analogo, F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *Giustamm.it*, 2010, secondo cui l'azione di classe costituisce, al di là dei suoi limiti, "*il completamento di una riforma amministrativa in cui il principio costituzionale del buon andamento viene declinato sotto forma di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. In sostanza, un'azione amministrativa che intenda perseguire il buon andamento, secondo quanto già previsto dalla legge sul procedimento, necessita di una giurisdizione che possa in qualche modo incidere anche sull'organizzazione amministrativa*"; nonché, M.T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie*. (a proposito di "class action all'italiana"), in *Giustamm.it*, 2010, p. 5.

<sup>13</sup> In questo senso, cfr., A. BARTOLINI, op. cit.

<sup>14</sup> Cfr., A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in *Giustamm.it*, 2010, p. 6.

<sup>15</sup> In questo senso, v., l'interessante saggio di F. CINTIOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, cit., pp.15 ss. Contra, F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *www.federalismi.it*, p. 5. Sui poteri del giudice adito e il contenuto della sentenza, meglio infra § 5.

<sup>16</sup> Cfr., al riguardo, U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *G.d.A.*, 2010, p. 250; nonché, A. GIUFFRIDA, op. cit., pp. 27-29.

<sup>17</sup> In questo senso, F. MANGANARO, op. cit.; nonché A. BARTOLINI, op. cit.

Tale formulazione, introdotta sulla scorta delle indicazioni del Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema di decreto, configura il ricorso per l'efficienza in termini diversi da un'azione popolare, volta al controllo generalizzato sull'efficienza della PA.<sup>18</sup>

Appare, però, prevedibile che i singoli non saranno incentivati a promuovere un'azione di classe pubblica dove il giudice potrà unicamente disporre, in accoglimento del ricorso, un ordine rivolto all'amministrazione di eliminare la causa dell'inefficienza e, per l'effetto, assicurare una corretta, ma futura e condizionata, erogazione del servizio<sup>19</sup>.

Il ricorso si discosta anche dal modello di tutela degli interessi diffusi. Non si tratta, infatti, di un'azione proposta a tutela di un interesse adespota, attribuito ad un soggetto collettivo esponenziale di tale interesse, così trasformato in interesse collettivo, ma si riconosce una legittimazione concorrente con quella del singolo ad associazioni o comitati di quegli stessi soggetti che avrebbero potuto proporre la *class action* in proprio ed alle medesime condizioni stabilite per il ricorso individuale.

<sup>18</sup> In questo senso, A. BARTOLINI, op. cit.; nonché D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso*, in *Giur. merito*, 2010, 10, pp. 2362 ss, che evidenzia, peraltro, come necessari per la proposizione del ricorso, secondo l'orientamento prevalente in tema di azionabilità degli interessi diffusi, "una posizione qualificata e differenziata, identificata dal collegamento stabile con il bene giuridico tutelato"; nonché R. LOMBARDI, *Azioni popolari "atipiche" e tutela degli interessi diffusi*, in *Giustamm.it*, 2008.

Per azione popolare si intende generalmente la facoltà, rimessa all'individuo, considerato *uti cives*, di agire a tutela di un interesse pubblico della comunità a cui appartiene. L'elemento tipico di tale azione, pertanto, risiede nella legittimazione individuale ad agire in giudizio per la tutela di un interesse proprio della comunità, sganciato quindi da un diretto, attuale e personale interesse del singolo. L'azione popolare si fa usualmente risalire al diritto romano, v., al riguardo, R. v. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, (trad. it, M. G. Losano, a cura di, Der Zweck im Recht), Torino, Einaudi, 1972, pp. 392-393, che evidenzia come, con l'*actio popularis*, l'attore, difendendo l'interesse del popolo, difende anche il proprio". Nello stesso senso, G. P. CHIRONE - L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904, p. 130, secondo cui l'azione popolare spetta "all'individuo, non a difesa di una ragione speciale sua, ma in qualità di associato".

<sup>19</sup> Cfr., in questo senso, F. MARTINES, op. cit.

La legittimazione ad agire delle associazioni e dei comitati di consumatori e utenti, meglio attrezzati sotto il profilo economico e sociale, senza dubbio, integra e rafforza la tutela avverso le disfunzionalità amministrative rispetto alle possibilità di accesso alla giustizia rimesse al singolo individuo<sup>20</sup>.

#### 4. La *class action* pubblica: aspetti procedurali.

La *class action* pubblica può essere proposta solo dopo aver diffidato l'amministrazione o il concessionario ad eliminare, entro il termine di novanta giorni, la situazione lesiva degli interessi protetti degli interessati. Trascorso tale termine senza che il soggetto passivo si sia utilmente attivato per rimuovere le cause della situazione denunciata, il ricorso per l'efficienza diventa proponibile da parte dei soggetti intimanti che non siano soddisfatti degli atti riparatori eventualmente posti in essere dal soggetto intimato.

In alternativa alla diffida si può far ricorso alla soluzione stragiudiziale della controversia, qualora ne ricorrano i presupposti. In tal caso, il ricorso diviene proponibile entro un anno dall'esito infruttuoso del tentativo di conciliazione.

Il ricorso per l'efficienza non può, altresì, essere proposto se un soggetto con funzioni di controllo o regolazione, istituito con legge e preposto al settore, stia vagliando le medesime condotte oggetto della *class action* pubblica, sino alla definizione del relativo procedimento.

Il giudizio per l'efficienza viene, invece, sospeso dal giudice qualora successivamente alla proposizione del ricorso sia stato avviato un apposito procedimento dal soggetto regolatore o controllante ed il ricorso deve essere riassunto nel termine di centoventi giorni dalla definizione del suddetto procedimento.

L'art. 1, co. 2 del decreto stabilisce, peraltro, che sia data notizia del ricorso sul sito istituzionale del ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, nonché sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati. Siffatta previsione va coordinata con la possibilità per coloro che si

<sup>20</sup> Così, F. MANGANARO, op. cit.

trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente di intervenire in giudizio, nel termine di venti giorni liberi dall'udienza di discussione del ricorso.

Dell'avvenuta proposizione del ricorso, inoltre, deve essere informato il dirigente responsabile di ciascuna struttura coinvolta, che può intervenire nel giudizio. Tale disposizione si inquadra nell'ottica di una compiuta responsabilizzazione dei dirigenti, che pervade la c.d. riforma Brunetta.

L'udienza di discussione viene fissata, d'ufficio, in una data compresa tra novanta e centoventi giorni dal deposito del ricorso.

La sentenza che definisce il giudizio è soggetta agli stessi obblighi di pubblicità, previsti per il ricorso. Dopo il suo passaggio in giudicato, la sentenza di condanna nei confronti della pubblica amministrazione è comunicata agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle PP.AA. e all'Organismo indipendente di valutazione della performance<sup>21</sup>, alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergano profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza.

Mentre, la sentenza che accolga la domanda proposta nei confronti di un concessionario di pubblici servizi deve essere comunicata all'amministrazione vigilante "per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina"<sup>22</sup>.

Si prevede, peraltro, che anche le misure

<sup>21</sup> La Commissione, prevista all'art. 13 del d. lgs. n. 150 del 2009, è il soggetto cui il Governo ha affidato la funzione di coordinare e sovrintendere all'esercizio delle funzioni di misurazione e valutazione delle performance della PA; mentre l'Organismo, ai sensi dell'art. 14 del medesimo decreto, è la struttura di cui ciascuna amministrazione dovrà dotarsi, in sostituzione dei precedenti organi deputati allo svolgimento dei controlli interni istituiti dal decreto legislativo n. 286 del 1999.

<sup>22</sup> Art. 4, co. 4 del decreto delegato.

adottate in esecuzione della sentenza siano pubblicate sul sito istituzionale del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario soccombenti.

Infine, viene esplicitamente prevista la possibilità di ricorrere in ottemperanza nel caso della perdurante mancata esecuzione della sentenza che accolga il ricorso per l'efficienza.

### 5. La *class action* pubblica: i limiti soggettivi e oggettivi.

Il ricorso per l'efficienza delle PP.AA. è esperibile esclusivamente nei confronti dei concessionari di servizi pubblici e delle "amministrazioni pubbliche, diverse dalle autorità amministrative indipendenti, dagli organi costituzionali e giurisdizionali, nonché dalla Presidenza del Consiglio dei ministri"<sup>23</sup>.

Se l'esclusione degli organi costituzionali e di quelli giurisdizionali appare corretta oltre che scontata in virtù del fatto che le funzioni tipiche svolte da tali soggetti non sono da ricomprendersi tra quelle amministrative, diversamente vanno considerate le deroghe per la Presidenza del Consiglio dei ministri e per le autorità amministrative indipendenti. Tali soggetti rientrano in effetti a pieno titolo tra le pubbliche amministrazioni ed, anzi, sarebbe ingiustificato escludere dall'ambito di applicazione del ricorso per l'efficienza la Presidenza del Consiglio, attese le rilevanti funzioni amministrative che da esse dipendono, nonché proprio le amministrazioni indipendenti che, sottratte al circuito della rappresentanza politica e all'indirizzo politico, devono essenzialmente alla loro legittimazione tecnica ed in base all'"output" la misura della propria funzionalità<sup>24</sup>.

Contenuto della decisione che accolga la domanda proposta con la *class action* pubblica è l'ordine di porre rimedio entro un congruo termine alla violazione, all'omissione o all'inadempimento accertati. Si tratterebbe, pertanto, di una sentenza di accertamento e di

<sup>23</sup> Tali esclusioni soggettive non erano previste dalla legge delega.

<sup>24</sup> Nello stesso senso, v., A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa...*, cit., pp. 16-17.

condanna *ad un facere*.

Tale ordine risulta però condizionato nel suo contenuto dalla considerazione delle risorse strumentali, finanziarie ed umane effettivamente a disposizione del soggetto passivo.

Siffatta disposizione, espressamente inserita al fine di evitare il rischio che la decisione del giudizio comporti nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, appare in effetti tale da condizionare l'effettiva eliminazione della situazione antiggiuridica eventualmente accertata<sup>25</sup>, facendo così dipendere l'adempimento delle funzioni pubbliche, che peraltro dovrebbe costituire un obbligo nei confronti dei cittadini-utenti, dalla condizione economica e organizzativa dell'amministrazione-debitrice.

Ulteriore limite, poi, all'operatività del ricorso è dato dalla previsione del co. 1 *bis* dell'art. 1, secondo cui "*nel giudizio di sussistenza della lesione si tiene anche conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intimante*". Tale ultima previsione, infatti, pare far dipendere l'esistenza stessa della violazione anche da tali considerazioni, operando così non da eventuale causa di giustificazione di un comportamento di per sé lesivo, ma da fattore condizionante l'esistenza stessa della lesione<sup>26</sup>.

Tale distinzione concettuale se può sembrare priva di rilievo pratico, attesa comunque l'incidenza di tali circostanze sull'effettiva riparazione degli interessi tutelati, degrada la posizione del "*cittadino-utente*" a quella di "*soggetto amministrato*" nei termini in cui, da un lato, rende pienamente lecita una lesione di interessi altrimenti protetti, quando causata da una carenza strutturale organizzativa o e-

<sup>25</sup> In questa prospettiva, F. MARTINES, op. cit., ritiene correttamente tale previsione "una forte limitazione alla concreta utilità del nuovo strumento processuale", considerando le "*le notorie carenze economiche e organiche delle PA*". L'Autore osserva, inoltre, che "*se il giudice fosse stato dotato degli ampi poteri di valutazione (istruttori e decisori) connessi al merito, le allegazioni difensive eventualmente invocate dai dirigenti degli uffici coinvolti avrebbero potuto essere intrinsecamente sindacate in sede giudiziaria*".

<sup>26</sup> In questo senso, v., D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso*, in *Giur. merito*, 2010, 10, pp. 2362 ss.

conomica e, considerando le condizioni in cui versano le amministrazioni pubbliche, tale previsione risulta fortemente condizionante i diritti dei cittadini. Dall'altro, degrada situazioni giuridiche soggettive spesso costituzionalmente protette dei cittadini-utenti, alle quali corrispondono funzioni o servizi pubblici, in considerazione della situazione economica o strutturale del soggetto obbligato. Si avrebbe così una relativizzazione di tutti i diritti costituzionali, anche al di là della loro configurazione quali diritti di libertà o invece quali diritti sociali, che abbiano come soggetto passivo la pubblica amministrazione.

Come si è visto, esplicitamente escluso dai possibili contenuti della decisione che definisce il giudizio è il risarcimento del danno cagionato dagli atti o dai comportamenti della PA o dei concessionari<sup>27</sup>. Risarcimento che, invece, la stessa disposizione rimette a non meglio precisati rimedi ordinari, con la sicura conseguenza di una duplicazione del giudizio.

Non appare, infine, convincente la disposizione contenuta nell'art. 2 del decreto delegato che prevede l'alternatività del ricorso per l'efficienza con l'azione collettiva risarcitoria *ex art. 140 bis* del codice del consumo. Se, infatti, quest'ultima ha ad oggetto il risarcimento del danno che viene invece escluso nella prima, appare ingiustificata la non cumulabilità dei due strumenti. Da siffatta disposizione, però, potrebbe tuttavia evincersi la sinora discussa applicabilità dell'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 *bis* del codice del consumo anche alle pubbliche amministrazioni.

Diversamente, invece, appare opportuna la previsione dell'alternatività del ricorso per l'efficienza rispetto alle azioni previste dagli artt. 139 e 140 del codice del consumo, stante la sovrapposibilità dell'oggetto dei giudizi e dei *petita*, al fine di evitare un eventuale contrasto tra giudicati<sup>28</sup>.

## 6. Alcune considerazioni conclusive.

La reale utilità dell'istituto appare in effetti molto depotenziata. Il risarcimento del danno è escluso. Il ripristino del corretto esercizio

<sup>27</sup> Così, art. 1, co.6.

<sup>28</sup> In senso analogo, v., F. MARTINES, *L'azione di classe del d.lgs.198/2009...*, cit.

della funzione o della regolare erogazione del servizio pubblico è condizionato dalla disponibilità di adeguate risorse umane, organizzative, finanziarie, peraltro, *rebus sic stantibus*, al di là di eventuali nuove o maggiori disponibilità di bilancio. Il venir meno della originaria giurisdizione di merito, infine, non consente al giudice di sindacare compiutamente le scelte organizzative e gestionali adottate dalla PA.

In effetti, il ricorso per l'efficienza sembra essere un istituto animato dalle "migliori intenzioni", la *ratio* è il perseguimento dell'efficienza e dell'efficacia della PA sì da garantirne il buon andamento, perlopiù incentrato sulla responsabilizzazione dei titolari della gestione amministrativa, i dirigenti, quali supposti "autori" delle violazioni. Rimane poco di un effettivo e utile rimedio giuridico di fronte alla lesione delle situazioni giuridiche protette ed alle disfunzionalità amministrative. Tale istituto sconta, in effetti, la difficile ma opportuna coniugazione di aspetti "micro", la tutela dell'utente che subisca la lesione di una propria situazione giuridica, con aspetti "macro", la funzionalità organizzativa della PA che condiziona l'effettiva soddisfazione dei diritti degli utenti

Vero è che il ricorso per l'efficienza, così come si è delineato nella sua formulazione definitiva, è stato svuotato di alcuni tratti fondamentali, essenziali per costituire uno strumento efficace, idoneo "a pungolare" la

PA verso un *agere* più efficace ed efficiente, quasi per una sorta di "timore" nel fornire ai giudici ed ai cittadini uno strumento realmente e pienamente efficace<sup>29</sup>.

La prassi giudiziaria ne sarà comunque valido banco di prova.

Probabilmente, il rilievo mediatico che potrebbe accompagnarsi alla proposizione di un'azione collettiva nei confronti di una pubblica amministrazione potrà costituire, se non valido rimedio giudiziario, quantomeno una sorta di deterrente di fronte a macroscopiche e reiterate violazioni di interessi giuridicamente protetti di particolare rilievo economico o sociale, ponendo la situazione, i responsabili e la violazione medesima all'attenzione dell'opinione pubblica<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Cfr., analoghe considerazioni sul codice del processo amministrativo fatte da R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in Giustamm.it, 2010.

<sup>30</sup> Sono estendibili a tale istituto le osservazioni formulate sulla *class action* nel codice di consumo da P. MAZZINA, *Prime considerazioni...*, cit., p. 2, nota 5, secondo cui le azioni di gruppo, presentano l'indubbio vantaggio, dal punto di vista politico, di dare "evidenza alla dimensione sociale del fenomeno, sollecitando l'opinione pubblica ben più di quanto possa abitualmente fare la segnalazione di un danno a una sola persona".

## GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Corte costituzionale, 15.12.2010, n. 355  
**Danno d'immagine della PA - azione della Corte dei Conti per il risarcimento solo a seguito di condanne definitive previste nel capo I del titolo II del libro II del codice penale.**

**Questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, co. 30 ter, periodi 2, 3, 4 d.l. 78/09 e successive modifiche - manifesta infondatezza.**

*Le disposizioni censurate da alcune Magistrature contabili prevedono, all'art. 17, co. 30 ter, periodi secondo e terzo del d.l. 78/09, che le procure regionali della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e modi previsti dall'art. 7 della l. 27.3. 2001, n. 97 (Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche). A tale ultimo fine, si precisa che il decorso del termine di prescrizione, di cui al co. 2 dell'art. 1 della l. 14.1.1994, n. 20 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale.*

*Il richiamato art. 7 della l. n. 97 del 2001, a sua volta, ai fini della delimitazione dell'ambito applicativo dell'azione risarcitoria, fa riferimento alle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate nei confronti dei dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale, vale a dire quelli di peculato (artt. 314 e 316), malversazione a danno dello Stato (art. 316-bis), indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter), concussione (art. 317), corruzione per un atto d'ufficio (art. 318), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319), corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320), istigazione alla corruzione (art. 322), peculato, concussio-*

*ne, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-bis), abuso d'ufficio (art. 323), utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio (art. 325), rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio (art. 326), rifiuto di atti d'ufficio. Omissione (art. 328), rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica (art. 329), interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità (art. 331), sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa (art. 334), violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'autorità amministrativa (art. 335).*

*Non sussiste alcuna lesione del precetto costituzionale nell'aver previsto che soltanto in presenza di condotte illecite, che integrino gli estremi di specifiche fattispecie delittuose, volte a tutelare, tra l'altro, proprio il buon andamento, l'imparzialità e lo stesso prestigio dell'amministrazione, possa essere proposta l'azione di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'ente pubblico.*

*In altri termini, la circostanza che il legislatore abbia inteso individuare esclusivamente quei reati che contemplano la pubblica amministrazione quale soggetto passivo concorre a rendere non manifestamente irragionevole la scelta legislativa in esame.*

*Deve, quindi, ritenersi che il legislatore non abbia inteso prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di altra giurisdizione, e segnatamente di quella ordinaria, bensì circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione imputabile a un dipendente di questa. In altri termini, non è condivisibile una interpreta-*

zione della normativa censurata nel senso che il legislatore abbia voluto prevedere una responsabilità nei confronti dell'amministrazione diversamente modulata a seconda dell'autorità giudiziaria competente a pronunciarsi in ordine alla domanda risarcitoria.

La norma deve essere univocamente interpretata, invece, nel senso che, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria.

Corte costituzionale, 12.11.2010, n. 324

**Pubblico impiego - conferimento incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione - applicabilità dell'art. 19, co. 6 e 6-bis d. lgs. 165/01 alle regioni.**

**Questione di legittimità costituzionale in riferimento ai co. 3 e 4 art. 117 cost., e art. 119 cost. - manifesta infondatezza.**

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 40, co. 1, lett. f), del d. lgs. n. 150 del 2009, sollevate da alcune regioni in riferimento agli artt. 117, terzo e quarto comma, e 119 Cost.. La norma impugnata dispone l'applicabilità a tutte le amministrazioni pubbliche della disciplina dettata dall'art. 19, commi 6 e 6-bis, del d. lgs. n. 165 del 2001 in tema di incarichi dirigenziali conferiti a soggetti esterni all'amministrazione.

Si tratta di una normativa riconducibile alla materia dell'ordinamento civile di cui all'art. 117, co. 2, lett. l), cost., che non attiene a materie di competenza concorrente (coordinamento della finanza pubblica) o residuale regionale (organizzazione delle regioni e degli uffici regionali, organizzazione degli enti locali), bensì alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva statale.

La pronuncia della Consulta ha accolto quanto dedotto dalla difesa erariale secondo cui l'art. 19, co. 6-ter, del d. lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 40 del d. lgs. n. 150 del 2009, non regolando l'accesso agli incarichi dirigenziali, non attiene all'organizzazione amministrativa delle regioni, bensì alla materia dell'ordinamento civile, poiché esso disciplina gli aspetti fondamentali del rapporto costituito con il soggetto esterno all'amministrazione (durata, qualificazione, corrispettivo economi-

co). In quanto tale, esso rientra nella competenza esclusiva dello Stato.

Non viola il precetto costituzionale l'estensione alle regioni dell'art. 19, co. 6, d. lgs. 165/ 2001 che dispone:

1. che il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione può essere effettuato entro il limite del 10 per cento della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia e dell'8 per cento della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia;

2. non può prevedere una durata superiore ai tre anni per gli incarichi di segretario generale e di funzione dirigenziale di livello generale e di cinque anni per gli altri incarichi dirigenziali;

3. deve avvenire, dietro specifica motivazione, a favore di persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'amministrazione, che possano dimostrare il possesso di specifiche esperienze;

4. può prevedere l'integrazione del trattamento economico tramite un'indennità commisurata alla specifica qualificazione professionale, tenendo conto della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali.

Il successivo co. 6 bis dispone che, per il calcolo delle percentuali di cui sopra, si deve operare un arrotondamento all'unità inferiore, se il primo decimale è inferiore a cinque, o all'unità superiore, se esso è uguale o superiore a cinque. Trattasi di disposizioni che, disciplinando gli aspetti fondamentali del rapporto costituito con il soggetto esterno all'amministrazione, devono essere estese anche alle regioni senza che da ciò consegua violazione del co. 4, art. 117 cost..

Corte di Cass. pen., Sez. VI, 25.11.2010, n. 41709

**Utilizzo del cellulare di servizio e di internet per ragioni personali - peculato insussistente per danni di minima entità - abuso di ufficio insussistente per abbonamenti internet a costo fisso.**

In punto di reato di peculato in caso di utilizzo da parte del pubblico ufficiale dei telefoni di cui ha la disponibilità per ragioni di ufficio per comunicazioni di carattere privato i danni al patrimonio della pubblica amministrazione di scarsa entità finiscono per essere irrilevanti per

*rivelarsi le condotte inoffensive del bene giuridico tutelato.*

*Insussistenza di un effettivo e concreto incremento economico del beneficiario idoneo a configurare il requisito dell'ingiusto vantaggio patrimoniale con riferimento al reato di abuso di ufficio... mancando anche un apprezzabile nocumento nei confronti dell'amministrazione.*

Il reato di peculato non è ravvisabile quando il danno arrecato dal pubblico ufficiale nell'utilizzo del cellulare di servizio per ragioni personali sia di minima entità.

In tal caso, infatti, la condotta non è idonea ad offendere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, ossia il regolare funzionamento, il prestigio e gli interessi patrimoniali della amministrazione.

Lo stesso dicasi per quel che riguarda il reato di abuso di ufficio quando l'utilizzo di internet per scopi personali sia fatto in presenza di un abbonamento "a costo fisso". Anche in questo caso, infatti, non è ravvisabile un effettivo danno economico nei confronti della amministrazione.

Cass. Civ., III, 28.10.2010, n. 22021

**Illecito PA - risarcimento danni - necessario accertamento in concreto della colpa degli amministratori pubblici.**

*La corte di appello, nell'individuare e predicare la risarcibilità del danno lamentato dai ricorrenti all'esito della condotta illecita della PA con riferimento alla ritardata individuazione del tracciato stradale da realizzare, afferma, difatti (ff. 32-33 dell'impugnata sentenza) che "la colpa richiesta dall'art. 2043 c.c. consiste proprio nel cattivo esercizio del potere pubblico", in tal guisa patentemente discostandosi da quanto una costante e consolidata giurisprudenza di questa corte di legittimità, a far tempo dalla pronuncia 500/99 delle sezioni unite, ha sempre avuto modo di affermare, avuto riguardo alla necessità della prova specifica e dell'accertamento in concreto della colpa dell'agente in tema di risarcibilità del danno da interessi legittimi.*

Il danno da interesse legittimo provocato dalla condotta illecita della pubblica amministrazione è risarcibile ex art. 2043 soltanto quando vi sia la prova specifica e l'accertamento in concreto della colpa degli amministratori pubblici. Non può, infatti, ritenersi sufficiente, ai fini del ri-

sarcimento, la dimostrazione del mero cattivo esercizio del potere pubblico.

Consiglio di Stato, Sez.IV, 10.12.2010, n. 8730  
**Sindaci e Presidenti di provincia - prerogative e competenze - possono stare in giudizio senza autorizzazione del consiglio e della giunta.**

*Quanto alla lamentata mancanza di autorizzazione al Sindaco a stare in giudizio, è ampiamente noto che nel nuovo ordinamento delle autonomie locali delineato dalla l. n. 142/1990 e dal TUELL n. 267/2000, il Sindaco e il Presidente della provincia hanno assunto un ruolo di vertice politico - amministrativo centrale, in quanto titolari di funzioni di direzione e di coordinamento dell'esecutivo comunale e provinciale; onde l'autorizzazione del consiglio prima e della giunta poi, se trovava ragione in un assetto in cui essi erano eletti dal consiglio e la giunta costituiva espressione del consiglio stesso, non ha più ragione di esistere in un assetto nel quale i medesimi traggono direttamente la propria investitura dal corpo elettorale e costituiscono loro stessi la fonte di legittimazione degli assessori che compongono la giunta, cui il citato T.U. affida il compito di collaborare (con il Sindaco o con il Presidente della provincia) e di compiere tutti gli atti rientranti nelle funzioni degli organi di governo che non siano riservati dalla legge al Consiglio e che non ricadono nelle competenze, previste dalla legge o dallo statuto, del Sindaco (o del Presidente della provincia) o degli organi di decentramento.*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.11.2010, n. 7730  
**Pubblico impiego - residenza del dipendente - Non corrispondenza tra quella anagrafica e di fatto - prevale quest'ultima - prova della sussistenza.**

*Con riferimento alla nozione di residenza effettiva o anagrafica, si ritiene che la residenza di una persona sia determinata dalla sua abituale e volontaria dimora in un determinato luogo (art. 43, co.2. c.c.), ossia dall'elemento obiettivo della permanenza in tale luogo e dall'elemento soggettivo dell'intenzione di abitarvi stabilmente, rilevata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali.*

*Pertanto, anche in tema di rispetto dell'obbligo di residenza del dipendente, si è correttamente*

*ritenuto che, qualora la residenza anagrafica non corrisponda alla residenza di fatto, è di questa che bisogna tener conto con riferimento alla residenza effettiva, quale si desume dall'art. 43 c.c., e la prova della sua sussistenza può esser fornita con ogni mezzo, anche indipendentemente dalle risultanze anagrafiche, atteso che queste hanno valore presuntivo, essendo la residenza della persona determinata dalla sua abituale e volontaria dimora in un dato luogo (in tal senso, per esempio, TAR Liguria, II, 7.6.2007, n. 1051).*

Corte dei conti, Sez. Riun., 6.12.2010, n. 59  
**Enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno - normativa in materia di assunzioni - procedure di reclutamento di nuove unità di personale - mobilità.**

*Relativamente agli enti sottoposti a regime vincolistico delle assunzioni, la norma fondamentale in materia di mobilità volontaria del personale, tutt'ora vigente, è contenuta nell'articolo 1, co. 47 della l. 30.12.2004 n. 311. Tale norma, per gli enti sottoposti a vincoli assunzionali, configura la mobilità come un'ulteriore e prodromica possibilità di reclutamento in deroga ai limiti normativamente previsti. Poiché l'ente che riceve personale in esito alle procedure di mobilità non imputa tali nuovi ingressi alla quota di assunzioni normativamente prevista, per un ovvio principio di parallelismo e al fine di evitare a livello complessivo una crescita dei dipendenti superiore ai limiti di legge, l'ente che cede non può considerare la cessazione per mobilità come equiparata a quelle fisiologicamente derivanti da collocamenti a riposo.*

*Espletate le procedure di mobilità l'ente ricevente resta, infatti, libero di effettuare un numero di assunzioni compatibile con il regime vincolistico e con le vacanze residue di organico.*

Diversamente da quanto correttamente statuito dalle Sezioni Riunite, se all'ente cedente venisse consentito procedere a propria volta alla sostituzione del personale trasferito significherebbe, in pratica, autorizzare dall'esterno, nel complessivo insieme di tutte le amministrazioni sottoposte a limiti assunzionali, un numero di dipendenti maggiore di quello complessivamente consentito.

Prima di bandire procedure concorsuali bisogna attivare tutte le iniziative idonee alla migliore e più razionale collocazione dei dipendenti già in servizio presso amministrazioni diverse.

Nel caso in cui l'ente sottoposto a limitazioni dia l'assenso al trasferimento di un proprio dipendente presso amministrazioni non soggette a vincoli assunzionali, tale ingresso, per l'ente ricevente, si configura a tutti gli effetti come ingresso di una nuova unità di personale, risultato che potrebbe essere alternativamente ottenuto attraverso il ricorso alle normali procedure di reclutamento dell'imputazione del trasferimento ad un non previsto contingente di nuove assunzioni.

In tale caso, la cessione per mobilità può essere considerata utile ai fini del calcolo delle nuove assunzioni consentite all'ente di provenienza del dipendente.

Corte dei Conti, Sez. Calabria, 9.12.2010, n. 702

**Comune - Sindaco - danni derivanti da esproprio illegittimo - responsabilità - sussiste.**

*Spetta agli uffici tecnici l'istruttoria e la conseguente materiale predisposizione dei provvedimenti per legge attribuiti alla competenza degli organi amministrativi.*

*I danni derivanti da espropri illegittimi sono da ricondurre agli amministratori nella misura in cui si siano disinteressati dell'attività degli uffici, venendo meno ai doveri di impulso e di coordinamento dell'apparato burocratico.*

*Sussiste la responsabilità del Sindaco per aver tenuto una condotta omissiva in deroga ai puntuali ordini di servizio derivanti dalla legislazione vigente all'epoca dei fatti nonché dalla legge regionale n.18 del 30 maggio 1983, cui hanno fatto seguito la circolare regionale n.18173 del 15.11.1983, in materia di deleghe agli enti locali in materia di espropriazioni per pubblica utilità e la circolare n. 22622 dell'11.12.1984, concernente i criteri di determinazione delle indennità di esproprio.*

*Il Sindaco avrebbe dovuto per la sua posizione funzionale di vertice dell'organizzazione burocratica, attivarsi per stimolare e, occorrendo, sollecitare il tecnico alla predisposizione e definizione degli atti relativi alla procedura espropriativa de qua, atteso che egli non può*

*non considerarsi, secondo il principio dell'id quod plerumque accidit, a conoscenza dell'andamento della pratica già avviata sin dal 1991, in relazione alla quale nel corso della sua esecuzione si erano peraltro verificati eventi di particolare gravità (sino al sequestro penale dei cantieri) che avrebbero dovuto indurre il medesimo a conoscere le modificazioni apportate al tracciato della rete fognaria in sede di approvazione della perizia tecnica di variante con le conseguenti occupazioni di porzioni di terreni originariamente non comprese nel piano particellare di esproprio predisposto insieme al progetto tecnico originario dell'opera (Corte dei conti, Sez. II n.80/2001).*

Corte dei conti, Sez. Sicilia, 6.12.2010, n. 2402  
**Comune - condanna del dirigente ufficio Tecnico. Spese legali e di consulenza tecnica per costituzione di parte civile del comune nel processo penale - rimborso al Comune da parte del dirigente - sussiste.**

*La somma sborsata dal comune, quale parte offesa dal reato penale commesso dal Dirigente dell'Ufficio Tecnico del comune, per le competenze legali liquidate al difensore (del comune, ndr) e per la consulenza tecnica (del comune, ndr), costituisce un vulnus per il pubblico erario.*

Le spese legali sostenute dal comune per la costituzione di parte civile (nonché quelle per la consulenza tecnica di parte) in un processo penale conclusosi con la condanna del Dirigente pubblico, sono conseguenza diretta della condotta illecita posta in essere dal Dirigente medesimo e costituiscono un esborso dannoso per le casse comunali.

Irrilevante la circostanza che i giudici penali abbiano liquidato spese in misura minore a quelle effettivamente sborsate dal Comune.

Il Dirigente deve quindi rimborsare al Comune l'esatto importo delle parcelle da questo pagate.

Corte dei conti, Sez. Toscana, 1.12.2010, n. 472  
**Sindaco - adozione delibera causativa di un danno - corresponsabilità - esimente politica - non sussiste.**

*Ai sensi dell'art. 50 del d. lgs. n. 267/2000, il sindaco, benché titolare degli atti di indirizzo politico amministrativo e tenuto a rispettare l'autonomia dirigenziale, ha, comunque, l'one-*

*re di un costante e diligente controllo sul buon andamento degli uffici comunali.*

*Più specificamente, egli presiede la Giunta comunale, organo collegiale ove vengono assunte deliberazioni inerenti i momenti essenziali della gestione comunale, quale è quello relativo alla decisione portata all'attenzione del Collegio ed inerente lo scomputo degli oneri di urbanizzazione nei confronti delle s.r.l. Guenda e Carli e Volpi.*

*La sua posizione di responsabile dell'amministrazione del Comune (art. 50 citato) lo pone, ai fini dell'attribuzione delle responsabilità nell'aver originato il danno, in una posizione di rilievo atteso che – insieme con gli assessori ..., partecipi "ratione materiae" degli stessi poteri e delle stesse responsabilità (sez. 2<sup>a</sup> C.le n. 2/2003, sez. giur. Lazio n. 3008/2005, sez. giur. Toscana n. 493/2008) – ha contribuito in modo determinante all'adozione della deliberazione oggetto di contestazione.*

*Prive di pregio sono state ritenute le argomentazioni difensive circa l'insindacabilità della scelta amministrativa effettuata (la cosiddetta esimente politica), in quanto, per costante giurisprudenza (da ultimo sez. 1<sup>a</sup> C.le n. 76/2010), questa non esclude la verifica giudiziale sul corretto esercizio del potere discrezionale ovvero la valutazione sulla circostanza che il pubblico amministratore, nella scelta tra le varie possibilità (anche se tutte lecite), abbia optato per quella più opportuna.*

Corte dei conti, Sez. Toscana, 17.11.2010, n. 170

**Ente locale. Utilizzo mezzo privato. Autorizzato se conveniente per l'ente. Negato il rimborso spese benzina.**

*L'ente locale potrà autorizzare l'uso del mezzo proprio, ove ciò trovi convenienza per l'ente stesso rispetto ad altre soluzioni (ad esempio, rispetto al trascorrere la notte fuori a carico dell'ente o ad utilizzare un'auto di servizio nelle disponibilità dell'ente stesso), ma non potrà procedere al rimborso della spesa per la benzina che resterà, pertanto, a carico del dipendente. L'ente, inoltre, dovrà mantenere in essere l'assicurazione Kasko connessa all'autorizzazione del mezzo proprio o stipularne una nuova qualora necessario*

Corte dei conti, Sez. Lazio, 28.10.2010, n. 2019

**Svolgimento di mansioni superiori - diritto differenze retributive - danno erariale - colpa/negligenza dirigenti - risarcimento danni.**

*Chiaro e ineludibile, allora, è – da un lato – il divieto di assegnare al lavoratore mansioni di profilo diverso da quello proprio e – dall’altro – qualora ciò sia avvenuto, anche illegalmente – il diritto ad ottenere una retribuzione adeguata alla prestazione fornita nel nuovo ruolo.*

*L’ipotesi di danno contestata appare, allora, concretamente realizzatasi nei suoi elementi materiali costitutivi, atteso che è indubbia la lesione patrimoniale in danno dell’Azienda Sanitaria e che tale vulnus è conseguente a condotta illecita di uno o più funzionari.*

*Tutti i convenuti, è convincimento del Collegio, hanno agito nella consapevolezza o, almeno, nella colpevole ignoranza, che il C. svolgesse mansioni superiori, nulla concretamente facendo per ricondurre a legalità la situazione.*

*Non può esservi colpa lieve in questo poiché si tratta di dirigenti medici che avevano, per cultura ed esperienza professionale, gli strumenti cognitivi e valutativi per apprezzare le situazioni funzionali dei dipendenti loro affidati o, comunque, con i quali hanno avuto un rapporto di lavoro continuato e non episodico.*

Nel caso in cui vengano giudizialmente riconosciute al dipendente pubblico le differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori, il dirigente che con colpa le abbia autorizzate e confermate nonostante l’espreso divieto normativo vigente è da ritenersi responsabile del danno erariale così provocato all’ente pubblico e, pertanto, è tenuto a risarcirlo.

Corte dei conti, Sez. Marche, 6.10.2010, n. 163

**Comune - danno erariale - per condotta dolosa del responsabile contabilità - responsabilità solidale dei revisori contabili per colpa grave - sussiste.**

*Sussiste la responsabilità dei revisori contabili nella ipotesi in cui manchi in larga parte la loro doverosa attività di sostanziale e sistematico riscontro, circa la regolare tenuta della contabilità da parte del contabile comunale, da effettuarsi con regolarità ed alle periodiche scadenze, anziché, come avvenuto nel caso di specie, essere affidate, a titolo esemplificativo: a ri-*

*scontri meramente telematici, che ovviamente non evidenziavano le “pezze giustificative” delle spese; ovvero facendo affidamento (su) o rimettendosi a mere dichiarazioni rilasciate dal contabile.*

*Gli organi di revisione che non svolgono il controllo né sulle modalità di svolgimento della gestione comunale, né sulle relative rappresentazioni contabili, pur in presenza di vistose discrasie e, talvolta, irregolarità, rispondono a titolo di colpa grave (in concorso al contabile comunale che risponde, nel caso di specie, di dolo).*

*Si applica il principio della responsabilità “ripartita” tra i responsabili dell’illecito, i quali dunque rispondono e devono rispondere solo pro quota.*

*In quest’ottica, il contabile comunale - “debitore principale” - è stato condannato a titolo di dolo ad una quota “personalizzata” pari alla differenza tra il danno complessivo e la quota assegnata.*

*I revisori (pro-tempore responsabili), in quanto debitori “sussidiari”, sono stati invece condannati a titolo di colpa grave ad una quota della responsabilità totale.*

Il giudice contabile, in presenza di più soggetti riconosciuti responsabili e perciò tenuti al risarcimento dell’unico danno erariale, deve pronunciare condanna ad una quota pecuniaria commisurata alla parte che ciascuno ha preso nella produzione del danno stesso ed alla relativa gravità. Con ciò, dunque, restando soddisfatte le esigenze di giustizia connesse con comportamenti di differente incidenza lesiva.

Poiché il debitore “principale” è stato condannato con vincolo di solidarietà al pagamento dell’intera posta di danno sul piano dei rapporti esterni con l’amministrazione creditrice, la stessa amministrazione può escutere il suddetto debitore a titolo di dolo per l’intero.

TAR Campania, Na, 6.12.2010, n. 26815

**Incarichi di collaborazione ad esperti esterni - necessaria procedura comparativa pubblica - proroga dell’incarico non consentita.**

*Ogni amministrazione pubblica può legittimamente conferire un incarico di collaborazione ad un terzo solo previa adozione di una procedura comparativa, previamente disciplinata secondo i rispettivi ordinamenti e resa pubblica.*

*L'incarico ad esperti esterni deve avere natura temporanea e correlarsi ad obiettivi e progetti specifici, di talchè il ricorso all'istituto della proroga può ritenersi consentito limitatamente ai casi di completamento di un'attività avviata, in quanto la durata dell'incarico è giustappunto predeterminata in funzione dello specifico aspetto o fase dell'attività cui si correla l'esigenza di una collaborazione esterna. Di contro non può ritenersi giammai consentito il rinnovo, dovendo un nuovo incarico far riferimento ad un nuovo progetto ed essere conferito a seguito di un'apposita comparazione.*

L'amministrazione pubblica non può essere dispensata dall'adottare procedure comparative pubbliche per il conferimento degli incarichi di collaborazione ad esperti esterni. Tali incarichi cessano al raggiungimento e completamento degli obiettivi e progetti affidati e non possono essere prorogati. La conferma in regime di proroga di un incarico di collaborazione ad esperti esterni precedentemente conferito non è, infatti, consentita. Eventualmente, all'esperto esterno può essere conferito un nuovo progetto, sempre con apposita comparazione pubblica.

TAR Piemonte, 3.12.2010, n. 4377

**Sindaci e Consiglieri provinciali - indennità di carica di Sindaco e gettone di presenza per**

**partecipazione ad adunanze del Consiglio provinciale - cumulo consentito se le funzioni sono svolte per enti locali diversi.**

*Se il legislatore ha conservato il divieto di cumulo per il caso in cui le funzioni di Sindaco e di membro di organo collegiale vengano disimpegnate nell'interesse del medesimo ente locale - la ratio è quella di scongiurare l'abuso della facoltà di convocare adunanze degli organi collegiali dello stesso ente nel quale il Sindaco sia anche consigliere comunale o assessore - viceversa qualora quelle funzioni siano svolte per enti locali diversi non v'è spazio per un'applicazione estensiva del divieto di cumulo in argomento, interpretazione che colliderebbe con il divieto di applicazione analogica o estensiva di norme eccezionali di cui all'art. 14 delle disp., prel. al codice civile, considerata la natura di norma eccezionale che va attribuita all'art. 82, comma settimo del TUEL recante il divieto in parola.*

Quando la funzione di Sindaco comunale e quella di membro di un consiglio provinciale sono esercitati dalla stessa persona nell'interesse di enti locali diversi, l'indennità di carica di Sindaco ed il gettone di presenza correlato alle giornate di effettiva partecipazione alle adunanze consiliari provinciali sono legittimamente cumulabili.

«.....GA.....»

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

## NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

### **ONERI DI URBANIZZAZIONE E BILANCI DEGLI ENTI LOCALI**

*Da alcuni anni la possibilità di utilizzare gran parte del ricavato dagli oneri di urbanizzazione anche per spese correnti ha consentito agli enti locali di assicurare l'equilibrio dei bilanci pur in regime di progressiva riduzione dei trasferimenti dallo Stato e di sospensione della capacità impositiva. Fino all'anno 2010 infatti, in deroga al generale principio secondo il quale gli oneri di urbanizzazione sono diretti a finanziare esclusivamente opere di investimento, era consentito ai comuni destinare alle spese correnti fino al 75% delle entrate derivanti da oneri di urbanizzazione, ed in particolare fino al 50% per qualsiasi tipo di spesa, oltre ad un 25% per le spese di manutenzione del patrimonio. Tale possibilità è però, ora, messa in dubbio dal recente decreto "milleproroghe". Il nuovo meccanismo introdotto da tale norma (art. 1 del d.l. 29.12.2010, n. 225) prevede infatti, anche per la fattispecie in argomento, una proroga automatica, disposta dal medesimo decreto, fino al 31.3.2011 (co. 1). Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, potrà inoltre essere disposta l'ulteriore proroga, fino al 31.12.2011, del termine del 31.3.2011 (co. 2). E' di tutta evidenza che tale misura, legata soltanto ad una futura possibilità di estensione del regime all'intero anno crea serie difficoltà ai comuni, che proprio in questo periodo stanno definendo i propri bilanci (il cui termine di approvazione è fissato per quest'anno al medesimo termine del 31.3.2011).*

*Può essere considerata attendibile una previsione di destinazione alle spese correnti del 75% delle entrate derivanti da oneri di urbanizzazione, calcolata sull'intero anno, in presenza di una mera possibilità che tale regime venga prorogato fino al termine dell'esercizio finanziario?*

*E' da precisare che tale proroga viene considerata dai commentatori come certa; ma può essere sufficiente qualche dichiarazione o rassicurazione in tal senso?*

*Va inoltre tenuto presente che, non prevedendo nulla il decreto per gli anni successivi, nei bilanci pluriennali, relativamente alle annualità 2012 e 2013, tale possibilità di destinazione non potrà sicuramente essere prevista, con serie difficoltà per individuare altre entrate o ridurre, in alternativa, le spese correnti.*

*Proprio in considerazione dell'importanza che tale voce ha rappresentato per i bilanci locali, da più parti era stata suggerita una riduzione graduale della deroga per tornare, in un tempo congruo alla originaria destinazione degli oneri di urbanizzazione, senza creare eccessivi squilibri sulle finanze degli enti, ma tale richiesta è, evidentemente, rimasta inascoltata.*

*Non c'è che da auspicare che la norma trovi adeguati correttivi in sede di conversione (Red. Adriano Marini).*

«..... GA.....»

**D.M. MINISTERO DELL'INTERNO  
17.12.2010: DIFFERITO AL 31.3.2011 IL  
TERMINE PER LA DELIBERAZIONE  
DA PARTE DEGLI ENTI LOCALI DEL  
BILANCIO DI PREVISIONE 2011**

... **DECRETA** Art. 1 Il termine per la deliberazione del bilancio di previsione per l'anno 2011 da parte degli enti locali è differito al 31 marzo 2011. Roma, 17.12.2010 **IL MINISTRO** Roberto Maroni (Red. Paolo Romani)

«..... GA.....»

### **NOTA DELLA RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO DEL 27.12.2010: PATTO DI STABILITÀ - ISTRUZIONI PER LA COMPILAZIONE DEI MODELLI DI CALCOLO SALDI OBIETTIVI 2011-2013 DEGLI ENTI LOCALI**

*Le nuove disposizioni del patto di stabilità interno, presenti nella l. n. 220/2010, prevedono che l'obiettivo di ciascun ente locale sia individuato in base alla spesa corrente media sostenuta nel periodo 2006-2008. Nel triennio 2011-2013 ogni ente dovrà, quindi, conseguire un saldo di competenza mista non inferiore al valore della propria spesa corrente media registrata negli anni 2006-2008 moltiplicata per una percentuale fissata per ogni anno del triennio. Al fine di evitare che il maggior sforzo sia sostenuto dagli enti maggiormente dipendenti dai trasferimenti statali, all'obiettivo, definito come quota della spesa corrente media 2006-2008, sarà detratto un valore pari alla riduzione dei trasferimenti erariali determinata dal co. 2 dell'art. 14 del d.l. 31.5.2010 n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122. Il nuovo meccanismo di calcolo, per l'anno 2011, prevede, inoltre, un fattore di correzione finalizzato a ridurre la distanza fra i nuovi obiettivi (previsti dall'art. 1, coo. 91 e 92 della l. n. 220/2010) e quelli calcolati in base alla previgente normativa (art. 77 bis del d.l. n. 112/2008).*

«..... GA.....»

**CON LA RISOLUZIONE 139/F DEL 29.12.2010, L'AGENZIA DELLE ENTRATE, RELATIVAMENTE AI CANONI DI CONCESSIONE DEGLI IMPIANTI PUBBLICITARI, HA STATUITO CHE IL COMUNE DEVE APPLICARE L'IVA SE**

### **OPERA COME PRIVATO**

*...sulle somme incassate dal comune per i Canoni di concessione degli impianti pubblicitari di sua proprietà, il comune deve applicare l'IVA se opera come un privato (Red. Paolo Romani).*

«..... GA.....»

### **ESCLUSIONE DALL'IMPONIBILE ICI DELLE PERTINENZE**

Con la sentenza n. 22128 del 2010, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che per escludere dall'ICI un terreno edificabile posto a servizio di un fabbricato ci si deve riferire al concetto civilistico di "pertinenza" ex art. 817 del c.c.. Il contribuente deve dimostrare la pertinenzialità in maniera concreta attraverso elementi fattuali (specie quelli catastali, se rafforzativi del "rapporto d'asservimento"), dimostrativi del necessario e insostituibile vincolo funzionale dell'area rispetto al manufatto principale. Inoltre "l'accertamento dell'esistenza del vincolo pertinenziale postula anche quello dell'esistenza dell'ulteriore requisito della non suscettibilità del bene a diversa destinazione (...) senza che detta destinazione possa facilmente cessare a meno di un a radicale trasformazione dell'immobile stesso" (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

### **NOTA ESPLICATIVA ANCI/IFEL DEL 28.12.2010 INERENTE LA PROBLEMATICA SULLA NATURA DELLA TIA, DEL RAPPORTO TRA QUESTA E LA TARSU E DELLE CONSEGUENZE DEL RELATIVO INQUADRAMENTO GIURIDICO SULL'APPLICAZIONE DELL'IVA**

*Il regime fiscale della gestione dei rifiuti, tarsu, tia e applicazione dell'iva.*

*Nota esplicativa – 28.12.2010*

*Il regime di prelievo relativo alla gestione dei rifiuti resta privo di un quadro coerente e uniforme risultando ancora esposto al rischio di rilevanti contenziosi. L'assenza di un intervento legislativo di semplificazione e chia-*

rificazione dell'assetto fiscale aggiunge elementi di instabilità ad un settore di estrema delicatezza e complessità, sul quale incidono in questo momento norme primarie e regolamenti attuativi derivanti da tre distinte discipline non armonizzate tra loro.

Con questa nota esplicativa, che segue di qualche mese la precedente del 2.3.2010, ANCI ed IFEL intendono fornire chiarimenti ed indicare i nodi problematici irrisolti, considerando comunque imprescindibile un intervento normativo che assicuri in primo luogo un quadro di riferimento certo per il 2011, così da non aggiungere gravi ipoteche anche di carattere economico-finanziario alla già precaria condizione degli equilibri di bilancio dei comuni, come determinatasi a seguito della manovra finanziaria dello scorso mese di luglio. La recente circolare della Direzione per il federalismo fiscale del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), n. 3/DF dell'11 novembre scorso, ha avuto un impatto significativo sulla realtà dei Comuni italiani che applicano la TIA ed ha suscitato numerose e contrastanti reazioni. Prima di passare ad analizzare il contenuto della circolare e a fornire alcune indicazioni circa l'applicazione della disciplina TARSU-TIA nell'attuale contesto normativo, è opportuno ricostruire rapidamente le vicende che la TIA ha attraversato dalla sua approvazione in poi, anche con riferimento alla sua natura di tributo o di corrispettivo.

#### **L'evoluzione normativa e giurisprudenziale**

1. Fin dalla sua comparsa nel panorama giuridico italiano, la Tariffa di Igiene Ambientale prevista dall'art. 49 del d. lgs. n. 22 del 1997 ha suscitato un ampio dibattito tra gli esperti del settore circa la sua natura e, di conseguenza, sull'applicabilità dell'IVA e sulle diverse competenze gestionali. Nel corso dei primi anni di vigenza della nuova tipologia di prelievo per il servizio di igiene urbana, non si sono registrate rilevanti pronunce giurisdizionali, anche per effetto del numero relativamente esiguo di comuni che avevano ritenuto, in vigenza del regime transitorio, di applicare sperimentalmente la nuova tariffa. Con il passare del tempo viene a più riprese prorogato il regime transitorio, senza che il passaggio al regime TIA diventasse obbligatorio.

2. Aumentano progressivamente i comuni che, nella propria autonomia, ritengono di applicare sperimentalmente la nuova tariffa e comincia a delinearci una certa prevalenza nella pur scarsa giurisprudenza di una interpretazione che vede affermare la natura tributaria della Tariffa e, di conseguenza, la non applicabilità dell'IVA. L'Agenzia delle Entrate, con R.M. n. 25/E del 5/2/2003, afferma la natura non tributaria della TIA ed il conseguente assoggettamento all'IVA, fornendo un autorevole sostegno alla tesi della natura di corrispettivo della stessa TIA.

3. Negli anni successivi, pur proseguendo il dibattito sulla natura effettiva della TIA, non si afferma una chiara posizione giurisprudenziale. La stessa Suprema Corte di Cassazione non prende posizione in maniera netta, almeno fino alla sentenza n. 17526 del 2007 che sembra prendere posizione senza equivoci a favore della tesi che la TIA abbia natura tributaria. L'Agenzia delle Entrate con la R.M. 250/E del 17/6/2008 ribadisce la natura non tributaria della Tariffa ed il conseguente obbligo di applicazione dell'IVA, smentendo con argomentazioni non sempre lineari la sentenza della Cassazione. La stessa Cassazione, peraltro, sembra avere un ripensamento nel porre alla Corte Costituzionale la questione di legittimità che porterà alla sentenza 238/2009 con un'ordinanza di rinvio che, di fatto, abbraccia la tesi relativa alla natura non tributaria della TIA.

4. Si arriva così alla sentenza della Corte Costituzionale 238/2009 con cui il giudice costituzionale, seppure in maniera incidentale, afferma in maniera chiara e con abbondanza di motivazioni la natura tributaria della TIA e la conseguente non applicabilità dell'IVA sul prelievo, argomento quest'ultimo al quale viene dedicato un apposito paragrafo. La sentenza ha un impatto notevole nei confronti di tutti gli interessati: i rappresentanti dei consumatori, che sollecitano i contribuenti a richiedere l'IVA versata e non dovuta; i comuni e le Aziende che si chiedono, da un lato come gestire il pregresso (versamenti e rimborsi IVA, rapporti con l'Agenzia delle Entrate) e, dall'altro, come gestire il futuro in assenza di un contesto normativo che regoli la gestione tributaria della tariffa. ANCI sollecita in molteplici occasioni il legislatore a

intervenire proponendo l'assunzione di disposizioni di legge che supportino comuni e loro aziende a gestire sia il pregresso che le problematiche gestionali post sentenza.

5. Va osservato che nel corso del decennio 1999-2008, la progressiva espansione delle sperimentazioni della TIA ha portato alla seguente situazione:

- i comuni in regime TIA sono diventati circa 1.200, per una popolazione di circa 16 milioni di abitanti e un gettito di circa 2,3 miliardi;

- i comuni che continuano ad adottare il regime TARSU sono invece circa 6.900, per una popolazione di circa 44 milioni di abitanti e un gettito di circa 4,5 miliardi di euro.

Le stesse dimensioni quantitative di entrambi i comparti reclamano la massima attenzione ai fini del mantenimento di un quadro normativo certo e privo di ambiguità, così da salvaguardare gli equilibri economico-finanziari di ogni forma di gestione legittimamente adottata da ciascun comune.

6. Per inquadrare in maniera compiuta il tema, va altresì ricordato che, nel frattempo, il codice ambientale (decreto legislativo n. 152 del 2006) ha abrogato la TARSU e soppresso la TIA ex d. lgs. n. 22 del 1997, istituendo una Tariffa Integrata Ambientale (art. 238 del decreto legislativo n. 152/2006), la cui entrata in vigore è tuttavia subordinata all'approvazione di un apposito regolamento attuativo nazionale e degli atti conseguenti. Nel frattempo restano in vigore le "discipline regolamentari vigenti". Inoltre, il co. 2-<sup>quater</sup> dell'art. 5 del d.l. n. 208 del 2008 ha previsto che, in assenza dell'adozione dei provvedimenti attuativi entro il 30.6.2008, i comuni possono passare alla nuova tariffa applicando le norme legislative e regolamentari vigenti. Il termine del 30.6.2008 viene prorogato più volte, da ultimo fissando la data del 30.6.2010. Allo stato attuale, dunque, i comuni, nonostante problematiche applicative non banali, potrebbero passare dal 1° gennaio 2011 alla nuova Tariffa Integrata Ambientale ai sensi dell'art. 238 del d. lgs. 152/2006, che – essendo tuttora privo di provvedimenti d'attuazione – risulterebbe applicabile sulla base dell'apparato regolamentare della "vecchia" TIA (in sostanza, il DPR 158 del 1999).

7. Nonostante i solleciti di ANCI il legislatore non approva alcuna norma che consenta di gestire il pregresso ed applicare con sicurezza la TIA, pur "rivestita" della natura tributaria affermata dalla sentenza C .Cost. 238/2009. La natura tributaria della TIA viene nel frattempo ribadita dalla Corte Costituzionale con due diverse ordinanze del 2010. La Suprema Corte di Cassazione, a sezioni unite, si adegua a sua volta in maniera definitiva alla sentenza della Corte Costituzionale 238/2009, dichiarando la natura tributaria della TIA (sent. n. 8313/2010). Anche l'Agenzia delle Entrate si è, di fatto, adeguata alla sentenza della Corte Costituzionale, confermando la natura tributaria della TIA e la conseguente inapplicabilità dell'IVA al prelievo, in occasione della risposta ad un interpello (Dir.Centrale Normativa, Prot. N.954-52944 del 15/07/2010). La giurisprudenza tributaria non si è ancora stabilizzata dopo la sentenza della Corte Costituzionale e si possono reperire decisioni contrastanti in materia (ved. in particolare la sentenza della Commissione Tributaria Regionale di Firenze, n. 27 del 19/01/2010). La Corte dei Conti, con il parere della sezione del Piemonte 65/2010 ha invece pienamente condiviso la tesi di Corte Costituzionale e Corte di Cassazione.

8. Il legislatore, invece di risolvere i problemi gestionali posti dalla riconosciuta natura tributaria della TIA, ha ritenuto di procedere attraverso un'interpretazione autentica che appare di segno contrario, sia pure con riferimento alla sola "nuova" TIA. Nella manovra estiva, infatti, con il co. 33 dell'art. 14, del d. l. n. 78 del 2010, si stabilisce che "le disposizioni di cui all'art. 238 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, si interpretano nel senso che la natura della tariffa ivi prevista non è tributaria. Le controversie relative alla predetta tariffa, sorte successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria". Va anche ricordato, in proposito, che in sede di approvazione del citato decreto legge, è stato accolto l'ordine del giorno n. 9/3638/55 con il quale si impegna il Governo: "affinché la disposizione contenuta nel comma 33 dell'articolo 14 del disegno di legge in esame sia interpretata nel

*senso che la stessa trova applicazione, sino all'entrata in vigore della tariffa per la gestione dei rifiuti urbani prevista dall'art. 238 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, anche con riguardo alla tariffa di igiene ambientale istituita con il d. lgs. 5.2.1997, n. 22". Appare evidente che l'interpretazione recata dal d.l. n. 78 non comporterebbe in sé alcun effetto pratico, se non sui rapporti insorti "successivamente all'entrata in vigore" della norma in materia di "nuova" TIA, che al momento dell'emanazione del decreto non aveva ancora concreta attuazione, in assenza del regolamento di cui all'art. 238, co. 6. L'interpretazione in questione si limita, in sostanza, ad affermare la natura di corrispettivo di un tipo di prelievo non ancora attivato, sul quale la citata sentenza C. Cost. n. 238/2009 si era espressamente astenuta dal pronunciarsi. Per rendere più attuale tale previsione normativa è dunque necessario un passaggio interpretativo specifico, che costituisce il principale contenuto della circolare del ministero dell'economia e delle finanze dell'11 novembre u.s. 5*

**La circolare MEF dell'11 novembre 2010.**

*In assenza, dunque, di norme legislative chiarificatrici, è intervenuta la circolare dell'11 novembre scorso, citata in premessa, con la quale il Dipartimento delle finanze stabilisce per via analogica la natura non tributaria della Tariffa ex d. lgs. n. 22 del 1997 ed ammette l'applicazione della nuova Tariffa Integrata Ambientale ex d. lgs. n. 152 del 2006 a partire dal 2010.*

*La circolare non prende in considerazione le principali pronunce giurisprudenziali. Vengono ignorate sia la sentenza della Corte Costituzionale 238/2009, insieme alle successive ordinanze della stessa Corte, sia la sentenza, a sezioni unite, della Suprema Corte di Cassazione 8313/2010. La pronuncia ministeriale non entra pertanto nel merito delle possibili obiezioni di illegittimità costituzionale rivolte da diversi commentatori all'interpretazione autentica contenuta nel co. 33 dell'art. 14 del d.l. 78/2010. L'interpretazione autentica in questione viene, anzi, riferita in maniera analogica alla TIA ex d. lgs. 22/97, generandosi così un possibile contrasto con le sentenze citate e con i principi generali dell'ordinamento tributario.*

*In effetti, la principale argomentazione adottata dal MEF consiste nella constatazione che la "TIA2" [tariffa ex d. lgs. n. 152/2006, n.d.r.] può "in definitiva essere regolata dalle disposizioni inerenti la TIA1 [tariffa ex d. lgs. n. 22/1997, n.d.r.]", circostanza che "conduce a concludere che i prelievi presentano analoghe caratteristiche e che la volontà del legislatore è stata, con l'art. 14, co. 33, anche quella di dare nuova veste alla TIA1, nelle more dell'emanazione del regolamento di cui all'art. 238, co. 6. Pertanto, se alla luce delle nuove disposizioni i due prelievi sono regolati ormai dalle stesse fonti normative, non appare razionale attribuire alla TIA1 una natura giuridica diversa da quella della TIA2. Di conseguenza, se la TIA2 ha natura di corrispettivo, ed in quanto tale è assoggettabile all'IVA, non può affermarsi diversamente per la TIA 1".*

*Alla luce delle considerazioni espresse dalla sentenza C. Cost. n. 238/2009 – che si fonda, come è noto, sulla natura fattuale del prelievo e non sul nomen iuris che il legislatore assegna a questa o quella fonte di entrata – tale argomentazione rischia di rappresentare la principale motivazione in base alla quale un'ulteriore pronunciamento della Corte Costituzionale potrebbe giungere a conclusioni diametralmente opposte.*

*La circolare, d'altra parte, afferma la legittimità dell'applicazione della TARSU, più volte ribadita da ANCI e da IFEL, sottolineando che il co. 1 dell'art. 238, citato, nell'individuare l'applicabilità delle "discipline regolamentari vigenti" nelle more dell'emanazione del regolamento di cui al comma 6, si riferisce ai "regolamenti di applicazione della TARSU e della TIA1".*

*La Circolare non ha – ovviamente – alcun valore cogente sui comportamenti dei contribuenti e delle amministrazioni locali, ma esprime esclusivamente un punto di vista del ministero. Pertanto, sia nelle parti più controverse, che per gli aspetti di maggior condivisione, essa mette in evidenza problematiche di fatto irrisolte e pone i comuni interessati in una situazione complessa e non risolutiva, qualsiasi siano le condizioni di partenza di ciascuna amministrazione.*

**Le scelte dei comuni.**

*Vengono di seguito evidenziate le problema-*

tiche di maggior rilievo, con riferimento alle possibili scelte dei comuni in materia di regime di prelievo sui rifiuti.

Per i comuni in regime TARSU, la mancanza di un provvedimento, più volte sollecitato da ANCI, che chiarisca per via normativa la possibilità di mantenere tale regime di prelievo nelle more della completa attuazione della nuova TIA (art. 238, d. lgs. 152/2006), determina una situazione di incertezza grave, mitigata ma non abbattuta dalla chiara presa di posizione del ministero sul punto e da alcune pronunce della Corte dei Conti, anche alla luce di alcune posizioni di dottrina che rileverebbero l'assenza di sostegno legislativo primario all'applicazione della tassa, essendo venuto a scadenza, senza proroghe espresse successive al 2009, il regime transitorio di cui al d. lgs. 22/1997. Appare, in ogni caso, del tutto condivisibile su questo punto l'orientamento espresso dalla circolare MEF dell'11 novembre, secondo cui "per i comuni in questione non si pongono particolari problemi, poiché possono continuare ad applicare la TARSU utilizzando eventualmente, ai fini della determinazione delle tariffe, i criteri delineati nel d.P.R. n. 158 del 1999", come affermato non solo dallo stesso Ministero con circolare n. 25/E del 17.2.2000 e dalla prassi non contestata di molti comuni, ma anche dalla recente decisione del Consiglio di Stato, n. 750 del 10.2.2009, che evidenzia l'utilità del metodo ex d.P.R. n. 158 ai fini della determinazione della partecipazione al costo del servizio di igiene urbana e della struttura del prelievo, anche in regime TARSU. A tali osservazioni va aggiunto che deve essere ormai considerato acquisito il principio in base al quale il gettito della TARSU – in armonia con la tendenza impressa al sistema fin dall'emanazione del d. lgs. 22/97 – deve tendere ad assicurare l'integrale copertura dei costi del servizio, se non immediata, entro termini temporali brevi. In assenza di copertura, il provvedimento comunale dovrebbe spiegare le ragioni della previsione di un concorso della fiscalità generale alla copertura dei costi. In questo senso si è, ad esempio, espressa la Corte dei Conti, sez. Lombardia (Parere n. 803/2010).

**I Comuni che ritengono di passare alla "nuova" TIA ex d. lgs. 152/97, a partire dal**

1.1.2011, in considerazione del fatto che entro il 30.6.2010 non sono stati approvati i provvedimenti attuativi della nuova tariffa, hanno a loro sostegno, per quanto riguarda l'applicabilità dell'IVA, sia l'interpretazione autentica del d. l. 78/2010, che la circolare ministeriale in questione.

Tuttavia, anche in questi casi, si pongono problemi applicativi non banali, che andranno con urgenza posti all'attenzione del legislatore:

- la deliberazione delle tariffe è formalmente in capo agli Ato, in corso di scioglimento e non ancora sostituiti;

- i criteri di determinazione della tariffa non sono coordinati tra norme legislative e norme applicative, queste ultime necessariamente da rinvenirsi nel regolamento ex d.P.R. 158/1999;

- c'è il concreto rischio di una richiesta di applicazione delle nuove norme sull'assimilazione di cui all'art. 195 del d. lgs. 152, i cui effetti possono comportare significativi squilibri nella gestione tecnica ed economico-finanziaria del servizio.

Non si può sottacere, inoltre, la questione di una probabile futura dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'interpretazione autentica, con il riconoscimento ulteriore della natura tributaria della nuova TIA, elemento che in assenza di una accorta revisione normativa comporterebbe le stesse problematiche già trattate a seguito della sentenza C.Cost. 238.

I comuni già in regime di "vecchia" TIA ex d. lgs. 22/97, che hanno modificato regolamenti e modalità di gestione considerando la Tariffa un tributo, si trovano in una situazione di incertezza.

Il punto di scelta operativa fondamentale per i comuni in queste condizioni è se mantenere la gestione della TIA come tributo, secondo le modalità indicate dalla circolare Anci-Ifel del 2 marzo scorso e supportata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, o se tornare a considerare la TIA come un corrispettivo, in quanto tale gravato da IVA, i cui introiti siano inoltre conferibili al soggetto gestore, nella gran parte dei casi l'azienda incaricata del servizio di igiene urbana, quale entrata propria di quest'ultimo.

*In questi casi, vanno considerati due aspetti, tra loro collegati ma da inquadrare distintamente: in primo luogo, il contrasto tra natura tributaria o di corrispettivo del prelievo sui rifiuti operato attraverso la tariffa coinvolge attualmente, sotto il profilo formale, la sola tariffa di cui al d. lgs. 22/1997, norma oggetto della pronuncia della Corte Costituzionale. Le interpretazioni successivamente intervenute, per via legislativa o attraverso la circolare ministeriale dell'11 novembre, fanno leva, anche ai fini dell'affermazione dell'applicabilità dell'IVA, sulla formale diversità della tariffa di cui all'art. 8 e 238 del d. lgs.152/2006, non esplicitamente osservata da alcuna pronuncia giurisprudenziale. In secondo luogo, il mantenimento del regime "TIA1", per usare la terminologia del MEF, senza l'applicazione dell'IVA, potrebbe esporre il comune (o l'azienda incaricata della gestione) a qualche rischio di erronea applicazione della normativa sull'IVA, anche in considerazione dell'assenza di indicazioni recenti dell'Agenzia delle Entrate. D'altra parte, la reintroduzione dell'IVA sull'impianto della "TIA1", comporterebbe non solo un aperto contrasto con la sentenza stessa, ma anche un'esplicita contraddizione con la scelta opposta effettuata con riferimento al 2010.*

*In conclusione, fermi restando i rischi indicati che nell'attuale quadro normativo appaiono incompressibili, possono delinearsi tre scenari:*

- a) i comuni che nel corso del 2010 hanno applicato la TIA come tributo possono mantenere l'impostazione data all'assetto del prelievo in conseguenza della sentenza C. Cost n. 238/2009;*
- b) i comuni che sono in regime tariffario e che intendano restarvi, ovvero che decidano di entrarvi per la prima volta, modificano i propri regolamenti a valere dal 2011, facendo esplicito riferimento alla "nuova" TIA ex d. lgs. 152/2006 e rientrando così nel contesto applicativo delle clausole di interpretazione autentica più sopra discusse e della stessa interpretazione data dal MEF;*
- c) la stessa impostazione di cui al punto precedente dovrebbe essere seguita anche dai comuni che, avendo applicato nel 2010 la TIA come tributo, ritengano di tornare al re-*

*gime di TIA-corrispettivo soggetto ad IVA, in applicazione delle linee interpretative del MEF. In tali casi dovranno modificarsi i rapporti convenzionali con il soggetto gestore e le imputazioni di bilancio, nel caso si intenda devolvere l'entrata e gli oneri di gestione del servizio al soggetto gestore.*

*Appare infine opportuno, in tutti i casi sopra delineati, che siano comunque mantenute, o introdotte, modalità di gestione del rapporto con il cittadino (contenuto, motivazioni e sottoscrizione degli atti; disciplina delle sanzioni; accesso all'autotutela e al contenzioso) analoghe a quelle tipiche del rapporto tributario, come a suo tempo indicato nella circolare esplicativa ANCI-IFEL del 2 marzo 2010 (punto 5.1).*

#### **Conclusioni.**

*Nel quadro di riferimento descritto, si ritiene che, pur riconoscendo la massima autonomia dei comuni nell'effettuare le scelte che ritengono più opportune, debbano essere confermate le considerazioni espresse con la circolare esplicativa ANCI-IFEL del 2 marzo scorso, coerente con il quadro normativo delineato dalla sentenza della Corte Costituzionale 238/2009, confermato in più occasioni dalla stessa Corte, dalla Cassazione a sezioni unite, dalla Corte dei Conti, dall'Agenzia delle Entrate.*

*La mancanza di un provvedimento normativo coerente con il contesto delineato dalla giurisprudenza costituzionale crea per i comuni una situazione di inaccettabile instabilità.*

*Non è pertanto procrastinabile un intervento normativo che affronti i temi sollevati dalla sentenza C.Cost. n. 238 e dal concreto contesto operativo nel quale i comuni sono chiamati ad assicurare, anche in condizioni molto differenziate tra i diversi territori, un servizio di vitale importanza per il benessere delle collettività locali, al fine di salvaguardare il sistema di copertura dei costi sostenuti sia nelle situazioni di migliore performance che nei casi che ancora faticano ad adeguarsi a standard più avanzati.*

*Agli stessi fini, appare altrettanto urgente pervenire ad un disegno applicativo sostenibile del trattamento fiscale dei rifiuti cosiddetti assimilabili. A regime, questo risultato può essere ottenuto sia attraverso la conferma del carattere tributario del prelievo, co-*

*munque denominato, sia con l'introduzione di più radicali innovazioni del sistema tariffario che siano in grado di determinare le condizioni per l'applicazione di un corrispettivo dalle caratteristiche certe ed inoppugnabili. Si tratta, in ogni caso, di interventi che – in attuazione o in superamento delle previsioni recate dal codice dell'ambiente su questi argomenti – non possono che inquadarsi nel più generale processo di attuazione del federalismo fiscale, in coerenza con i principi di responsabilità che ne costituiscono il presupposto e con gli inderogabili criteri di sostenibilità economico-finanziaria e gestionale, senza i quali l'equilibrio delle amministrazioni locali può risultare gravemente compromesso, non soltanto con riferimento allo specifico servizio o di igiene urbana (Red. Paolo Romani).*

«..... GA.....»

**IN CASO DI OMESSA DICHIARAZIONE AI FINI ICI, IL POTERE DI ACCERTAMENTO DEL COMUNE È LEGITTIMATO DAL CO. 2 DELL'ART. 11 DEL D. LGS. 504/82**

*In tema di immobili non dichiarati affatto ai fini dell'ICI, il potere di accertamento del comune si esercita, anche a prescindere dall'avvenuta attribuzione della rendita, ai sensi del d. lgs. 504/82, art. 11 co. 2, e l'imposta relativa alle annualità pregresse è recuperata nei limiti consentiti dalla medesima disposizione e successive modifiche. La sopravvenuta notifica del provvedimento attributivo della rendita non ha, in tal caso, alcuna efficacia interdittiva del potere del comune di recuperare le annualità d'imposta pregresse (Corte di Cassazione, Sez. Trib. 21502/2010) (Red. Paolo Romani).*

«..... GA.....»

**LA TIA HA NATURA DI TRIBUTO E COME TALE VA DETERMINATA DAL COMUNE E NON DAL SOGGETTO GESTORE**

*Quanto all'accertamento e alla liquidazione del tributo, si è visto come la legge (art. 49*

*coo. 9 e 13 d. lgs. n. 22/1997) identifichi nel gestore del servizio il soggetto che lo applica e riscuote.*

*Ciò tuttavia, come sottolineato dalla Consulta nella più volte citata sentenza n. 238, non fa venire meno in capo al comune la posizione di soggetto attivo del prelievo. L'affidamento a terzi del servizio comporta la delega, ex lege nel caso della TIA, del potere di accertamento e del potere di stare in giudizio in luogo dell'ente, senza che, giusta i principi generali, ne muti la titolarità. Ciò che viene trasferito non è, infatti, il potere, ma il suo esercizio. Pertanto, restano applicabili le norme in materia di modalità e termini per l'accertamento, da parte degli enti locali, dei tributi di propria competenza ex art. 1 coo. 161 e 171 l. 27.12.2006 n. 296, in quanto disciplinanti l'esercizio del potere stesso.*

«..... GA.....»

**AI FINI TARSU SONO IMPONIBILI I MAGAZZINI DELLE AZIENDE INDUSTRIALI, NON ASSUMENDO ALCUN RILIEVO IL COLLEGAMENTO FUNZIONALE CON L'AREA PRODUTTIVA, DESTINATA ALLA LAVORAZIONE INDUSTRIALE**

*Osserva in particolare la Corte che "la ricorrenza di tali presupposti va peraltro dimostrata dal contribuente che deve dar contezza della esenzione che costituisce eccezione alla regola generale di pagamento del tributo da parte di tutti coloro che occupano o detengono immobili nel territorio comunale in cui il servizio è istituito.*

*Né l'intassabilità potrebbe riguardare le zone destinate all'immagazzinamento dei prodotti finiti che rientrano nella previsione di generale tassabilità delle aree a qualsiasi uso adibite.*

*Non assume rilievo, infatti, il collegamento funzionale con l'area produttiva, destinata alla lavorazione industriale, delle aree destinate a quello scopo come di tutte le altre aree di uno stabilimento industriale, quali quelle adibite a parcheggio, a mensa e ad uffici, non essendo stato previsto tale collegamento funzionale fra aree come causa di esclusione*



---

*dalla tassazione neanche dalla legislazione precedente l'entrata in vigore del d. lgs. n. 507 di 1993 (Corte di Cassazione 15574/2010) (Red. Paolo Romani).*

«..... GA.....»

## REDAZIONALI

# LE COMMISSIONI IMPLICITE NEI CONTRATTI DERIVATI “SWAP”

del Dott. Michele Scognamiglio e del Dott. Paolo Baroni

### Premessa.

L'intervento intende trattare approfonditamente il tema delle commissioni implicite all'interno di contratti derivati “swap”.

Com'è noto molte pubbliche amministrazioni sono ricorse a questo tipo di strumenti finanziari con l'intento di migliorare il proprio profilo di rischio. Tuttavia, nella maggior parte dei casi ciò non è avvenuto e sono sopraggiunte perdite direttamente generate dallo sfavorevole esito dei suddetti contratti, oppure dalla mancata adeguatezza dello strumento alla copertura dei rischi specifici per i quali l'intervento era stato pensato.

Come menzionato in un precedente intervento (GA n. 4 2010 - Scognamiglio - Baroni), la stima delle commissioni implicite è uno degli elementi importanti dei quali si deve tenere conto nella valutazione di contratti “swap”. Per essere più chiari, quando si parla di *commissioni implicite* ci si riferisce alle commissioni nascoste che l'intermediario trattiene al momento della stipula di un contratto.

Nell'ambito di un progetto di approfondimento sul tema dei contratti derivati, in special modo di quelli che hanno riguardato la pubblica amministrazione, si è scelto di trattare l'argomento delle commissioni implicite in quanto negli ultimi mesi la giurisprudenza ha posto una particolare attenzione sulla problematica.

E' maturata l'esigenza di chiarire ruoli e caratteristiche delle suddette commissioni e di tracciare linee guida generali da seguire in occasione di ristrutturazioni o stipula di nuovi contratti, così come in sede di contraddittorio.

Il lavoro è diviso in tre parti. La prima riguarda gli aggiornamenti della giurisprudenza

in merito alle commissioni implicite, la seconda ha lo scopo di chiarire quali siano le relative metodologie di valutazione e la loro relazione con il concetto di MtM (*mark to market* - valutazione di mercato), la terza propone un esempio che aiuta a capire quanto esposto.

### Giurisprudenza.

Recentemente una pubblica amministrazione ha risolto un contratto “swap” avvalendosi di un provvedimento di autotutela. La controparte (l'intermediario) ha fatto ricorso al TAR il quale si è espresso in merito. La sentenza ha preso in esame i vari elementi oggetto di controversia, tra i quali anche la questione delle *commissioni implicite*, definendo, riguardo a questa componente specifica, i seguenti punti:

1. **Le “commissioni”**, che l'intermediario trattiene per la strutturazione dell'operazione, **devono essere esplicitate nel contratto.**
2. **La mancata dichiarazione delle “commissioni” non rende possibile la stima del vantaggio economico** da parte della PA in merito al contratto proposto.
3. La valutazione delle **“commissioni” trattenute dall'intermediario** (in modo esplicito e implicito) deve essere annessa alla **valutazione della convenienza economica dell'operazione**

Di seguito le citazioni:

Riguardo al punto 1 e 2:

*“Appare quindi effettivamente violata la disposizione di cui all'art. 41, co. 2, l. 448/01 poiché nell'operazione in questione non è stato raggiunto l'obiettivo posto dalla suddet-*

ta norma di assumere condizioni di rifinanziamento dei mutui contratti dopo il 31.12.1996 con il collocamento di titoli obbligazionari, tali da consentire una riduzione del valore delle passività a carico degli Enti stessi, al netto delle commissioni. Così non è il caso di specie, e la differenza di valore tra i contratti derivati da stipulare era stata taciuta dalle banche...”

Riguardo al punto 3:

“La contestata relazione... [di una società che ha periziato i contratti]... non considera quale passività i derivati in sé, ma individua l'assenza di convenienza economica per l'ente nell'operazione in questione a causa della mancanza di parità tra le posizioni contrattuali iniziali, che ha portato ad uno squilibrio a suo favore. Questi fatti non vengono smentiti dalla difesa [degli intermediari] che non riesce a dimostrare un vantaggio, nell'operazione in questione, per l'amministrazione. Un differenziale negativo costituisce indubbiamente una passività per essa.”

### **Gli swap, il mark to market e le commissioni implicite.**

Come analizzato in precedenza un elemento molto importante nella valutazione di un contratto derivato è il **Mark to Market**. Esso rappresenta il costo di **smobilizzo o di strutturazione** della posizione tenendo in considerazione tutte le variabili di mercato “fotografate” in un dato momento.

In altre parole quando si costruisce un derivato come uno “swap”, si compone una struttura attraverso singoli strumenti (*building blocks*) scambiati sul mercato: può trattarsi di tassi fissi, tassi a termine (*future*, *FRA's*), *cap/floor* etc...

Il costo di implementazione della struttura, in termini di mercato, costituisce il *mark to market* del prodotto.

Questa procedura viene dapprima progettata a livello teorico, utilizzando modelli costruiti a proposito. Successivamente può essere effettivamente implementata accedendo al mercato. Nel caso di valutazione di una struttura in essere (a scopo di monitoraggio) la valutazione di mercato rappresenta il costo di smobilizzo della posizione.

Ciò premesso si ricorda che, al momento

della stipula, un contratto di “swap” ha valore nullo per definizione. Questo significa che il *mark to market* di questi contratti alla data di stipula deve essere **zero**: eventuali differenze corrispondono alle commissioni implicite che l'intermediario applica per la strutturazione dell'operazione. Nelle suddette condizioni, il costo di strutturazione dell'operazione è nullo nel senso che, visto il mercato nel suo complesso, il valore finanziario di quanto ricevuto da una delle due controparti **equivale** esattamente a quanto pagato.

Tale considerazione non deve stupire in quanto la finalità di questi strumenti è di **migliorare il profilo di rischio complessivo del sottoscrittore**. Non deve esserci finalità speculativa, pertanto l'operazione è tesa a scambiare uno o più rischi specifici con una controparte che abbia esigenze complementari.

Come può essere determinato il valore delle commissioni nel caso in cui queste non siano “esplicite”? Come si può controllare che tale valore, qualora esplicito, sia corretto?

Si supponga di voler determinare le commissioni implicite in un contratto di swap fisso-variabile. Si tratta di un contratto nel quale la controparte A (ad esempio l'intermediario) paga un tasso variabile legato all'Euribor a 3 mesi e la controparte B (ad esempio una PA) paga un tasso fisso. Com'è noto, in uno swap vengono scambiati dei flussi di cassa a scadenze predefinite e non vi è scambio di nozionale (né a pronti né a termine). In sostanza la struttura prevede un flusso di cassa “netto” da una parte verso l'altra in relazione all'andamento delle variabili sottostanti (in questo caso solo l'Euribor a 3 mesi perché l'altro è un tasso fisso quindi predeterminato).

In termini di *mark to market*, per stimare il valore atteso alle diverse scadenze dell'Euribor a 3 mesi - unica variabile del contratto - si possono utilizzare i contratti presenti sul mercato che abbiano questo tasso come sottostante. Si tratta di contratti:

1. *Zero coupon* – Euribor
2. *Future* su Euribor 3 mesi
3. *Forward* su Euribor 3 mesi
4. *Swap* contro Euribor 3 mesi o *Basis Swap*
5. Altri derivati con sottostante Euribor 3 mesi (*cap/floor/swaptions*)

Si ricorda che i contratti ai punti 2 e 3 sono derivati attraverso i quali si negozia l'entrata in un tasso Euribor a 3 mesi (come compratore o venditore) in una data futura predeterminata. Una volta stabilito il valore atteso dei flussi di cassa delle due controparti è necessario calcolare il valore netto degli scambi ad ogni data del contratto, e attualizzare questo valore alla data di valutazione (ad esempio ad oggi).

### Esempio.

Per comprendere meglio quanto esposto si propone un esempio numerico.

In questo caso, per semplificare i calcoli e focalizzare sui temi d'interesse, non saranno presi in considerazione alcuni elementi molto importanti tra i quali le regole di calcolo dei giorni etc. Si supponga che la controparte A sia l'intermediario e la controparte B l'ente. La struttura del contratto "swap" è quella riportata nella tabella a lato nella quale sono riassunti gli elementi necessari allo sviluppo dell'esempio. Come si evince dalla tabella il nozionale (o nominale) sul quale vengono calcolati i tassi è di € 1.000.000; il tasso variabile (pagato dall'intermediario) è Euribor a 6 mesi; infine l'ente paga un tasso fisso pari al 3%.

La **prima operazione** consiste nel calcolo del valore dei tassi Euribor a 6 mesi a termine [Tab. 1]. In pratica si tratta di definire, per ogni scadenza periodica del contratto, quale sia il tasso Euribor a 6 mesi incorporato nelle attese di mercato (tasso *forward*).

La **seconda operazione** è il confronto dei valori trovati con i valori del tasso fisso pagato dall'ente [Tab. 2].

Entrambi i valori sono annualizzati, pertanto la cedola effettiva deve essere calcolata tenendo in considerazione che ognuno di essi ha una durata di sei mesi invece che 1 anno, come spiegato nella Tab. 3. Si sta assumendo che ogni tasso effettivamente duri metà anno non considerando l'effettivo calcolo dei giorni. A questo punto si possono calcolare i *cash flow* effettivi che ogni parte dovrà corrispondere all'altra [Tab. 4] e di conseguenza il differenziale. Si menziona che una differenza negativa implica una perdita per l'ente mentre una positiva implica un guadagno.

Successivamente, per calcolare il "valore attuale" dei *cash flow* è necessario un processo di attualizzazione [Tab. 5]. Questo si ottiene moltiplicando ogni *cash flow* per il rispettivo fattore di sconto e sommando i risultati ottenuti. Lo scopo di questo calcolo è di riportare "ad oggi" i flussi di cassa generati alle scadenze periodiche del contratto.

Il risultato ottenuto dal processo di attualizzazione rappresenta il *Mark to Market* del contratto e, essendo stato calcolato alla data di stipula, **quantifica l'onere commissionale implicito nella struttura. In questo caso il valore è di -26.421 € pari a -2,64% del nominale.**

Nominale	€ 1.000.000
Controparte A (paga)	Eur 6M
Controparte B (paga)	3%
Data Iniziale	03/01/2011
Data Finale	03/01/2016
Fixing	semestrale

Date	Forward
03/01/2011	
03/07/2011	1,0060
03/01/2012	1,7715
03/07/2012	1,6521
03/01/2013	1,6300
03/07/2013	2,3046
03/01/2014	2,8325
03/07/2014	3,0557
03/01/2015	3,2645
03/07/2015	3,5122
03/01/2016	3,7046

Date	A (paga)	B (paga)
03/01/2011		
03/07/2011	1,0060	3,0000
03/01/2012	1,7715	3,0000
03/07/2012	1,6521	3,0000
03/01/2013	1,6300	3,0000
03/07/2013	2,3046	3,0000
03/01/2014	2,8325	3,0000
03/07/2014	3,0557	3,0000
03/01/2015	3,2645	3,0000
03/07/2015	3,5122	3,0000
03/01/2016	3,7046	3,0000

Date	A (paga)	B (paga)	Date	A (paga)	B (paga)
03/01/2011			03/01/2011		
03/07/2011	1,0060	3,0000	03/07/2011	0,5030	1,5000
03/01/2012	1,7715	3,0000	03/01/2012	0,8858	1,5000
03/07/2012	1,6521	3,0000	03/07/2012	0,8260	1,5000
03/01/2013	1,6300	3,0000	03/01/2013	0,8150	1,5000
03/07/2013	2,3046	3,0000	03/07/2013	1,1523	1,5000
03/01/2014	2,8325	3,0000	03/01/2014	1,4163	1,5000
03/07/2014	3,0557	3,0000	03/07/2014	1,5279	1,5000
03/01/2015	3,2645	3,0000	03/01/2015	1,6323	1,5000
03/07/2015	3,5122	3,0000	03/07/2015	1,7561	1,5000
03/01/2016	3,7046	3,0000	03/01/2016	1,8523	1,5000

Date	A (paga)	B (paga)	Differenza
03/01/2011			
03/07/2011	€ 5.030,00	€ 15.000,00	-€ 9.970,00
03/01/2012	€ 8.857,53	€ 15.000,00	-€ 6.142,47
03/07/2012	€ 8.260,34	€ 15.000,00	-€ 6.739,66
03/01/2013	€ 8.150,12	€ 15.000,00	-€ 6.849,88
03/07/2013	€ 11.522,86	€ 15.000,00	-€ 3.477,14
03/01/2014	€ 14.162,61	€ 15.000,00	-€ 837,39
03/07/2014	€ 15.278,52	€ 15.000,00	€ 278,52
03/01/2015	€ 16.322,57	€ 15.000,00	€ 1.322,57
03/07/2015	€ 17.561,24	€ 15.000,00	€ 2.561,24
03/01/2016	€ 18.523,14	€ 15.000,00	€ 3.523,14

Date	df	Differenza
03/01/2011	1	
03/07/2011	0,9938687	-€ 9.970,00
03/01/2012	0,9849506	-€ 6.142,47
03/07/2012	0,9767924	-€ 6.739,66
03/01/2013	0,9687217	-€ 6.849,88
03/07/2013	0,9576258	-€ 3.477,14
03/01/2014	0,9439598	-€ 837,39
03/07/2014	0,9296768	€ 278,52
03/01/2015	0,9144194	€ 1.322,57
03/07/2015	0,8985521	€ 2.561,24
03/01/2016	0,8818544	€ 3.523,14

## Conclusioni.

I nuovi sviluppi giurisprudenziali forniscono un supporto importante per le PA che hanno interesse a smobilizzare la posizione in derivati o per quelle che intendono entrare in un nuovo contratto con caratteristiche più eque. La questione delle commissioni implicite è un elemento che assume un ruolo oltremodo importante: risultano infatti pochi casi nei quali l'intermediario abbia specificato questa voce all'interno dei contratti e proprio il fatto che un punto così sostanziale sia stato taciuto ha permesso un lucro superiore al dovuto.

Dall'esperienza maturata nell'analisi di questi contratti si può affermare che la prassi di vendita da parte degli intermediari non ha previsto l'esplicitazione delle commissioni trattenute per la strutturazione dell'operazione. In ogni caso la verifica della presenza di questo tipo di oneri nel contratto è abbastanza semplice e, quando presente, viene menzionata nella parte riguardante i dettagli finanziari delle strutture di pagamento delle due parti coinvolte nello "swap".

Ciò detto si sottolinea tuttavia che in caso di mancata esplicitazione delle commissioni il vantaggio della PA nella rescissione del contratto non è assicurato. Questo deve essere sempre valutato nel suo complesso tenendo presenti le caratteristiche di adeguatezza, *mark to market*, quantificazione delle commissioni implicite, pericolosità delle strutture, analisi di scenario.

Da non trascurare è inoltre un attento calcolo degli oneri sostenuti nei confronti dell'intermediario, attivi o passivi che siano, e l'analisi accurata dei pagamenti attesi.

## LA LEGGE DI STABILITÀ ANNO 2011 - IL REGIME RESTRITTIVO DEI TRASFERIMENTI ERARIALI

del Dott. Michele Scognamiglio

*Legge 13.12.2010 n. 220 ha dettato le disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, delle regioni, province e comuni cosiddetta " legge di stabilità 2011*

Le regioni e gli enti locali si troveranno di fronte ad un sistema di forte contenimento della spesa pubblica per un taglio concreto dei trasferimenti storici ed un blocco della spesa corrente e da indebitamento.

Si tratta del passo più decisivo prima dell'approvazione dell'intera riforma sul federalismo fiscale. Le regioni al fine di assicurare il regolare svolgimento dei pagamenti dei debiti oggetto della ricognizione, già sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari, e già commissariate non possono essere sottoposte in qualsiasi modo ad azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni medesime, fino al 31.12.2011.

I pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle regioni alle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni medesime, non producono effetti dalla suddetta data fino al 31.12.2011 e non vincolano gli enti del servizio sanitario regionale e i tesorieri, i quali possono disporre, per le finalità istituzionali dei predetti enti, delle somme agli stessi trasferite durante il suddetto periodo. Per accelerare i pagamenti dei comuni nei confronti delle imprese fornitrici, è istituito un fondo nello stato di previsione del ministero dell'interno, con una dotazione di 60 milioni di euro per l'anno 2011, per il pagamento degli interessi passivi maturati dai comuni per il ritardato pagamento dei fornitori. Il Ministro dell'interno individua con proprio decreto, stabilendo modalità e criteri per il riparto del fondo fra gli enti virtuosi, i comuni che, avendo rispettato il patto di stabilità interno nell'ultimo triennio ed evidenziando un rapporto tra le spese per il personale e le entrate correnti inferiore alla media nazionale.

Le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, per il triennio

2011-2013, ai fini della determinazione dello specifico obiettivo di saldo finanziario, applicano alla media della spesa corrente registrata negli anni 2006-2008, così come desunta dai certificati di conto consuntivo, le percentuali di seguito indicate:

a) per le province le percentuali per gli anni 2011, 2012 e 2013 sono pari, rispettivamente, a 8,3 per cento, 10,7 per cento e 10,7 per cento;

b) per i comuni le percentuali per gli anni 2011, 2012 e 2013 sono pari, rispettivamente, a 11,4 per cento, 14 per cento e 14 per cento.

Il saldo finanziario tra entrate finali e spese finali calcolato in termini di competenza mista è costituito dalla somma algebrica degli importi risultanti dalla differenza tra accertamenti e impegni, per la parte corrente, e dalla differenza tra incassi e pagamenti, per la parte in conto capitale, al netto delle entrate derivanti dalla riscossione di crediti e delle spese derivanti dalla concessione di crediti.

Il saldo finanziario espresso in termini di competenza mista deve essere pari a zero. Gli enti che hanno violato il patto di stabilità interno per ciascuno degli anni 2011, 2012 e 2013, devono conseguire un saldo finanziario in termini di competenza mista non inferiore al valore individuato in base ai parametri di cui sopra diminuito dell'importo pari alla riduzione dei trasferimenti erariali susseguenti alla violazione del medesimo patto di stabilità.

Per l'anno 2011, il saldo finanziario è ridotto di una misura pari al 50 per cento della differenza tra l'obiettivo di saldo determinato nella misura di cui sopra, e quello previsto dall'art. 77 bis dalla l. 6.8.2008, n. 133. Se la differenza risulta positiva; tale saldo è incrementato nella stessa misura del 50 per cento se la differenza risulta negativa.

Nel saldo finanziario in termini di compe-

tenza mista, rilevante ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità interno, non sono considerate le risorse provenienti dallo Stato e le relative spese di parte corrente e in conto capitale sostenute dalle province e dai comuni per l'attuazione delle ordinanze emanate dal Presidente del Consiglio dei ministri a seguito di dichiarazione dello stato di emergenza.

L'esclusione delle spese opera anche se esse sono effettuate in più anni, purché nei limiti complessivi delle medesime risorse.

A tal fine le province e i comuni che beneficiano dell'esclusione delle somme dal patto, sono tenuti a presentare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri entro il mese di gennaio dell'anno successivo, l'elenco delle spese escluse dal patto di stabilità interno, ripartite nella parte corrente e nella parte in conto capitale.

Nel saldo finanziario in termini di competenza mista, rilevante ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità interno, non sono considerate le risorse provenienti direttamente o indirettamente dall'Unione europea né le relative spese di parte corrente e in conto capitale sostenute dalle province e dai comuni.

L'esclusione non opera per le spese connesse ai cofinanziamenti nazionali.

L'esclusione delle spese opera anche se esse sono effettuate in più anni, purché nei limiti complessivi delle medesime risorse.

Nei casi in cui l'Unione europea riconosca importi inferiori a quelli considerati, l'importo corrispondente alle spese non riconosciute è incluso tra le spese del patto di stabilità interno relativo all'anno in cui è comunicato il mancato riconoscimento.

Ove la comunicazione sia effettuata nell'ultimo quadrimestre, il recupero può essere conseguito anche nell'anno successivo.

Nel saldo finanziario in termini di competenza mista, ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità interno, non sono considerate le risorse provenienti dai trasferimenti operate dal ministero dell'interno per finanziare le spese di funzionamento delle commissioni straordinarie nonché le somme destinate alla realizzazione o manutenzione di opere pubbliche.

L'esclusione delle spese opera anche se esse sono effettuate in più anni, purché nei

limiti complessivi delle medesime risorse. Per gli enti locali individuati dal Piano generale di censimento come affidatari di fasi delle rilevazioni censuarie, le risorse trasferite dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) e le relative spese per la progettazione e l'esecuzione dei censimenti, nei limiti delle stesse risorse trasferite dall'ISTAT, sono escluse dal patto di stabilità interno.

Alle procedure di spesa relative ai beni trasferiti dallo Stato agli enti locali, non si applicano i vincoli relativi al rispetto del patto di stabilità interno, per un importo corrispondente alle spese già sostenute dallo Stato per la gestione e la manutenzione dei beni trasferiti.

Tale importo è determinato secondo i criteri e con le modalità individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sono abrogate le disposizioni che individuano esclusioni di entrate o di uscite dai saldi rilevanti ai fini del patto di stabilità interno non previste espressamente dalla legge di stabilità e rilevate nelle previsioni precedenti.

Il bilancio di previsione degli enti locali ai quali si applicano le disposizioni del patto di stabilità interno deve essere approvato iscrivendo le previsioni di entrata e di spesa di parte corrente in misura tale che, unitamente alle previsioni dei flussi di cassa di entrata e di spesa in conto capitale, al netto delle riscossioni e delle concessioni di crediti, sia garantito il rispetto delle regole che disciplinano il patto medesimo.

A tale fine, gli enti locali sono tenuti ad allegare al bilancio di previsione un apposito prospetto contenente le previsioni di competenza e di cassa degli aggregati rilevanti ai fini del patto di stabilità interno.

Al fine di ricondurre la dinamica di crescita del debito in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica, le province e tutti i comuni, per ciascun anno del triennio 2011-2013, non possono aumentare la consistenza del proprio debito in essere al 31 dicembre dell'anno precedente se la spesa per interessi supera il limite dell'8 per cento delle entrate relative ai primi tre titoli delle entrate del rendiconto del penultimo anno precedente quello in cui viene prevista l'assunzione dei mutui.

Per il monitoraggio degli adempimenti relativi al patto di stabilità interno e per l'acquisizione di elementi informativi utili per la finanza pubblica anche relativamente alla loro situazione debitoria, le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti trasmettono semestralmente al ministero dell'economia e delle finanze entro trenta giorni dalla fine del periodo di riferimento.

La mancata trasmissione del prospetto dimostrativo degli obiettivi programmatici entro quarantacinque giorni dalla pubblicazione del predetto decreto nella Gazzetta Ufficiale costituisce inadempimento al patto di stabilità interno.

La mancata comunicazione al sistema *web* della situazione di commissariamento dell'ente ai fini antimafia determina per l'ente inadempiente l'assoggettamento alle regole del patto di stabilità interno.

Ai fini della verifica del rispetto degli obiettivi del patto di stabilità interno, ciascuno degli enti è tenuto a inviare, entro il termine perentorio del 31 marzo dell'anno successivo a quello di riferimento, al ministero dell'economia e delle finanze una certificazione del saldo finanziario in termini di competenza mista conseguito, sottoscritta dal rappresentante legale, dal responsabile del servizio finanziario e dall'organo di revisione economico-finanziaria.

La mancata trasmissione della certificazione entro il termine perentorio del 31 marzo costituisce inadempimento al patto di stabilità interno.

Nel caso in cui la certificazione, sebbene trasmessa in ritardo, attesti il rispetto del patto, si applica il divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto. È fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione.

Qualora dai conti della tesoreria statale degli enti locali si registrino prelevamenti non coerenti con gli impegni in materia di obiettivi di debito assunti con l'Unione europea, il

Ministro dell'economia e delle finanze, adotta adeguate misure di contenimento dei prelevamenti.

Gli enti locali istituiti a decorrere dall'anno 2008 sono soggetti alle regole del patto di stabilità interno dal terzo anno successivo a quello della loro istituzione assumendo, quale base di calcolo su cui applicare le regole, le risultanze dell'anno successivo all'istituzione medesima.

Gli enti locali istituiti negli anni 2006 e 2007 adottano come base di calcolo su cui applicare le regole, rispettivamente, le risultanze medie del biennio 2007-2008 e le risultanze dell'anno 2008.

Gli enti locali commissariati ai fini antimafia sono soggetti alle regole del patto di stabilità interno dall'anno successivo a quello della rielezione degli organi istituzionali.

Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di controllo analogo dei soggetti in house le disposizioni di messa in liquidazione delle società costituite oltre l'unità non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi.

Per gli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o inferiore al 35 per cento delle spese correnti sono ammesse, in deroga al limite del 20 per cento e comunque nel rispetto degli obiettivi del patto di stabilità interno e dei limiti di contenimento complessivi delle spese di personale, le assunzioni per *turn-over* che consentano l'esercizio delle funzioni fondamentali previste dall'articolo

In caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno, l'ente inadempiente non può, nell'anno successivo a quello dell'inadempienza:

a) impegnare spese correnti in misura superiore all'importo annuale medio dei corrispondenti impegni effettuati nell'ultimo triennio;

b) ricorrere all'indebitamento per gli investimenti;

c) procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai

processi di stabilizzazione in atto. È fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione.

Le indennità di funzione e i gettoni di presenza degli amministratori degli enti locali sono rideterminati con una riduzione del 30 per cento rispetto all'ammontare risultante alla data del 30.6.2008 per gli enti locali che nell'anno precedente non hanno rispettato il patto di stabilità interno. I mutui e i prestiti obbligazionari posti in essere con istituzioni creditizie o finanziarie per il finanziamento degli investimenti devono essere corredati di apposita attestazione da cui risulti il conseguimento degli obiettivi del patto di stabilità interno per l'anno precedente. Resta confermata, sino all'attuazione del federalismo fiscale, la sospensione del potere delle regioni e degli enti locali di deliberare aumenti dei tributi, delle addizionali, delle aliquote ovvero delle maggiorazioni di aliquote di tributi ad essi attribuiti con legge dello Stato, fatta eccezione per gli aumenti relativi alla tassa sui rifiuti solidi urbani.

Il complesso delle spese finali in termini di competenza finanziaria di ciascuna regione a statuto ordinario non può essere superiore, per ciascuno degli anni 2011, 2012 e 2013, alla media delle corrispondenti spese finali del triennio 2007-2009 ridotta delle seguenti percentuali:

- a) per l'anno 2011: 12,3 per cento;
- b) per l'anno 2012: 14,6 per cento;
- c) per l'anno 2013: 15,5 per cento.

Il complesso delle spese finali in termini di cassa di ciascuna regione a statuto ordinario non può essere superiore, per ciascuno degli anni 2011, 2012 e 2013, alla media delle corrispondenti spese finali del triennio 2007 - 2009 *ridotta delle seguenti percentuali:*

- a) per l'anno 2011: 13,6 per cento;
- b) per l'anno 2012: 16,3 per cento;
- per l'anno 2013: 17,2 per cento.

Le regioni a statuto ordinario calcolano le medie della spesa finale del triennio 2007 - 2009 in termini di competenza e di cassa rettificando, per ciascun anno, la spesa finale con la differenza tra il relativo obiettivo programmatico e il corrispondente risultato, e con la relativa quota del proprio obiettivo di

cassa ceduta agli enti locali. Il complesso delle spese finali è determinato, sia in termini di competenza sia in termini di cassa, dalla somma delle spese correnti e in conto capitale risultanti dal consuntivo, al netto:

a) delle spese per la sanità, cui si applica la specifica disciplina di settore;

b) delle spese per la concessione di crediti;

c) delle spese correnti e in conto capitale per interventi cofinanziati correlati ai finanziamenti dell'Unione europea, con esclusione delle quote di finanziamento statale e regionale. Nei casi in cui l'Unione europea riconosca importi inferiori, l'importo corrispondente alle spese non riconosciute è incluso tra le spese del patto di stabilità interno relativo all'anno in cui è comunicato il mancato riconoscimento. Ove la comunicazione sia effettuata nell'ultimo quadrimestre, il recupero può essere conseguito anche nell'anno successivo;

d) delle spese relative ai beni trasferiti per un importo corrispondente alle spese già sostenute dallo Stato per la gestione e la manutenzione dei medesimi beni, determinato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri;

e) delle spese concernenti il conferimento a fondi immobiliari di immobili ricevuti dallo Stato in attuazione del d. lgs. 28.5.2010, n. 85;

f) dei pagamenti effettuati in favore degli enti locali soggetti al patto di stabilità interno a valere sui residui passivi di parte corrente, a fronte di corrispondenti residui attivi degli enti locali. Ai fini del calcolo della media 2007-2009 in termini di cassa si assume che i pagamenti in conto residui a favore degli enti locali risultanti nei consuntivi delle regioni per gli anni 2007 e 2008 corrispondano agli incassi in conto residui attivi degli enti locali;

g) delle spese concernenti i censimenti.

A decorrere dall'anno 2011, le regioni possono autorizzare gli enti locali del proprio territorio a peggiorare il loro saldo programmatico attraverso un aumento dei pagamenti in conto capitale e contestualmente e per lo stesso importo procedono a rideterminare il proprio obiettivo programmatico in termini di cassa o di competenza.

Attraverso la certificazione predisposta dal

ministero dell'economia, le regioni dichiarano che la rideterminazione del proprio obiettivo di cassa è stata realizzata attraverso una riduzione dei pagamenti finali in conto capitale soggetti ai limiti del patto e che la rideterminazione del proprio obiettivo di competenza è stata realizzata attraverso una riduzione degli impegni correnti soggetti ai limiti del patto.

Gli enti locali dichiarano all'ANCI, all'UPI e alle regioni e province autonome, entro il 30 aprile di ciascun anno, l'entità dei pagamenti che possono effettuare nel corso dell'anno.

Entro il termine perentorio del 30 giugno, le regioni comunicano al ministero dell'economia e delle finanze, con riferimento a ciascun ente beneficiario, gli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica.

Per l'esercizio 2011, i termini di cui al primo e al secondo periodo sono fissati, rispettivamente, al 15 settembre e al 31 ottobre 2011.

A decorrere dall'anno 2011, le regioni per gli enti locali del proprio territorio, integrare le regole e modificare gli obiettivi posti dal legislatore nazionale, in relazione alla diversità delle situazioni finanziarie esistenti, fermi restando le disposizioni statali in materia di monitoraggio e di sanzioni e l'importo dell'obiettivo complessivamente determinato per gli enti locali della regione.

Ai fini dell'applicazione ogni regione definisce e comunica agli enti locali il nuovo obiettivo annuale del patto di stabilità interno, determinato anche sulla base dei criteri stabiliti in sede di Consiglio delle autonomie locali.

La regione comunica altresì al ministero dell'economia e delle finanze, entro il termine perentorio del 30 giugno di ciascun anno, con riferimento a ciascun ente locale, gli elementi informativi occorrenti per la verifica del mantenimento dell'equilibrio dei saldi di finanza pubblica.

Per l'esercizio 2011, il termine per la comunicazione è fissato al 31.10.2011.

In favore delle regioni è autorizzato, nel limite del doppio delle somme cedute a rettifica degli obiettivi originari degli enti locali,

lo svincolo di destinazione delle somme alle stesse spettanti, purché non esistano obbligazioni sottostanti già contratte ovvero non si tratti di somme relative ai livelli essenziali delle prestazioni, per le quali rimane l'obbligo a carico della regione di farvi fronte.

Le risorse svincolate ai sensi del precedente periodo sono utilizzate, nei limiti fissati dal patto di stabilità interno, solo per spese di investimento e del loro utilizzo è data comunicazione all'amministrazione statale che ha erogato le somme.

Ai fini della verifica del rispetto degli obiettivi del patto di stabilità interno, ciascuna regione e provincia autonoma è tenuta ad inviare, entro il termine perentorio del 31 marzo dell'anno successivo a quello di riferimento, al ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato una certificazione, sottoscritta dal rappresentante legale e dal responsabile del servizio finanziario, secondo un apposito prospetto. La mancata trasmissione della certificazione entro il termine perentorio del 31 marzo costituisce inadempimento al patto di stabilità interno. Nel caso in cui la certificazione, sebbene trasmessa in ritardo, attesti il rispetto del patto, si applicano le sole disposizioni di cui al co. 147, lett. c).

In caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno relativo agli anni 2011-2013, la regione o la provincia autonoma inadempiente non può, nell'anno successivo a quello dell'inadempienza:

a) impegnare spese correnti, al netto delle spese per la sanità, in misura superiore all'importo annuale minimo dei corrispondenti impegni effettuati nell'ultimo triennio;

b) ricorrere all'indebitamento per gli investimenti;

c) procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto. È fatto altresì divieto di stipulare contratti di servizio che si configurino come elusivi della presente disposizione.

A decorrere dall'anno 2011, la sanzione non si applica nel caso in cui il superamento

degli obiettivi del patto di stabilità interno sia determinato dalla maggiore spesa per interventi realizzati con la quota di finanziamento nazionale e correlati ai finanziamenti dell'Unione europea rispetto alla media della corrispondente spesa del triennio 2007-2009.

I mutui e i prestiti obbligazionari posti in essere con istituzioni creditizie e finanziarie per il finanziamento degli investimenti devono essere corredati di apposita attestazione da cui risulti il conseguimento degli obiettivi del patto di stabilità interno per l'anno precedente.

### **Riduzione dei trasferimenti erariali per l'anno 2011 ai comuni e alle province.**

Per l'anno 2011 con d.m. 9.12.2010 sono stati rideterminati i trasferimenti a ciascun comune con popolazione superiore a 5.000 abitanti prevedendo un taglio pari all'11,722% calcolato rispetto all'importo assunto ai trasferimenti attribuiti in spettanza alla data del 16.11.2010, con l'esclusione dell'incremento della compartecipazione IRPEF.

Analogamente a ciascuna provincia sono ridotti trasferimenti erariali pari al 22,934 % rispetto al totale generale dei trasferimenti erariali attribuiti in spettanza alla data del 16 novembre 2010 , con la sola esclusione delle somme relative alla restituzione addizionale energetica dell'anno 2004. Gli enti locali a partire dall'anno di competenza 2011 non potranno più rinviare l'adeguamento delle politiche tariffarie interne in particolar modo della TARSU con trasformazione in TIA , ade-

guamento regolamentare ed introduzione dei parametri di rettifica delle singole tariffe per categoria di utenza , in base alla quantità e qualità dei rifiuti effettivamente prodotti .

### **Proroghe delle scadenze di fine anno in base alle previsioni del d.l. 225/2010.**

L'art.1 del d.l.225/2010 è stata disposta la proroga al 31.3.2011 dei seguenti adempimenti per gli enti locali:

a) efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici relative alle assunzioni a tempo indeterminato approvate dopo il 30.9.2003 – *ex art. 17 co. 19 del d.l. 78/2009*;

b) riconferma della facoltà per i prefetti di attivare le procedure sostitutive in caso di mancata approvazione del bilancio di previsione da parte di comuni e province e relativa manovra di salvaguardia – *ex art. 1 co. 1 bis della l. 1.3.2005 n. 26* ;

c) gestione della riscossione dei tributi da parte dei concessionari in servizio alla data del 31.12.2001 con obbligo di affidamento delle attività mediante l'avvio delle nuove procedure ad evidenza pubblica *ex art. 3 co. 24-25-25 bis del d.l.2003/2005*;

d) possibilità di usare ancora per l'anno 2011 gli oneri di urbanizzazione per finanziare la spesa corrente nel limite del 75% compreso le manutenzioni ordinarie *ex art. 2 co. 8 della l. 24.12.2007 n. 244*.

e) regolarizzazione delle case fantasma con presentazione delle mappe catastali degli edifici e degli ampliamenti non risultanti in catasto *ex art. 19 coo. 8-9-10 del d.l.78/2010* (prorogato al 31.11.2011).

«.....GA.....»

## ”FABBISOGNI E COSTI STANDARD CARDINI DEL FEDERALEISMO FISCALE... SOSTENIBILE”

del Dott. Stefano Olivieri Pennesi

*Analisi, contestualizzazioni, criticità e prospettive di un nuovo modello per il governo e l'efficientamento della spesa pubblica orientata ai bisogni della collettività del nostro Paese*

La l. 5.5.2009 reca la delega al Governo in materia di federalismo fiscale, l'art. 2 della medesima legge definisce i principi sui quali trovano fondamento i decreti legislativi attuativi della “delega” che dovranno ispirarsi facendo riferimento alla determinazione dei “costi” e dei “fabbisogni” standard costituenti gli “indicatori” rispetto ai quali comparare e valutare l'azione della PA enfatizzando i due pilastri rappresentati dalla efficienza e dalla efficacia in stretto collegamento con l'indissolubile elemento della economicità.

Quello che il legislatore ha inteso modificare dello “archetipo” della contabilità pubblica è certamente il superamento progressivo, per tutti i livelli istituzionali nei quali si struttura il nostro Paese, del criterio della “spesa storica”, declinandolo nel più moderno e virtuoso concetto di fabbisogno/costo standard necessario per finanziare le funzioni fondamentali di cui far beneficiare la collettività, tutta.

Per dare piena attuazione alla delega lo stesso legislatore, prevedendo un periodo transitorio quinquennale, ha concepito la creazione e quindi il riparto di “fondi perequativi” degli enti locali per permettere il finanziamento integrale dei “fabbisogni standard” sulla base delle voci di spesa, nella loro ripartizione, per sostanziare “funzioni” e “servizi” di carattere fondamentale rese distintamente nei vari livelli di “governo territoriale”.

Il suddetto sistema di finanziamento della spesa, relativa alle funzioni correlate, è posto a regime con gli artt. 11 e 13 della citata l.42/2009; le spese in questione sono quelle relative alle funzioni fondamentali previste ai sensi degli artt. 117 e 119 della Carta Costituzionale nonché le spese relative ad altre funzioni e quelle finanziate con contributi speciali e con finanziamenti europei.

L'art.13 della sopra citata legge introduce la nozione di “fondi perequativi” per gli enti locali. Il loro dimensionamento, per ogni livello di governo, relativamente all'esercizio delle funzioni fondamentali, si sostanzia nel differenziale tra il totale dei fabbisogni standard, delle medesime funzioni, e il totale delle entrate standard spettanti alle entità territoriali.

L'altro elemento considerato per la ripartizione del fondo perequativo è la cosiddetta “spesa corrente standardizzata” che viene calcolata basandosi su una quota uniforme per abitante opportunamente corretta sulla base di elementi modificativi socio-economici.

Tale spesa si differenzia anche per dimensione/ampiezza demografica, struttura geografica (zone montane, zone costiere, zone climatiche, ecc.) densità abitativa, densità produttiva.

### **Fabbisogni standard - riferimenti teorici.**

La delega legislativa rinvia ai decreti attuativi, attualmente parte di essi in discussione presso le commissioni parlamentari, la concreta definizione sulle modalità di computo dei fabbisogni standard fornendo, al contempo, due elementi fondamentali.

Il primo considera il fabbisogno standard come il livello di servizio pubblico posto a garanzia dei “diritti di cittadinanza” uniforme per tutto il territorio nazionale. In sostanza ogni ente deve veder riconosciuto un livello di spesa adeguato per coprire un livello determinato di beni e servizi pubblici valutati a costi standard.

Il secondo elemento tratta del concepimento della perequazione delle risorse per il funzionamento delle funzioni fondamentali individuando, nel fabbisogno standard, il livello della spesa da garantire per ogni ente conside-

rando l'andamento medio in strutture similari degli altri enti.

La problematica principale di questa complessa architettura, su cui si fonda il cosiddetto federalismo fiscale, è rappresentato dalla concreta valutazione del costo unitario di un certo bene pubblico da doversi moltiplicare per ipotesi di quantità definite. Il tutto parte dall'assunto che sia possibile calcolare un costo unitario per singolo bene/servizio in ciascuna amministrazione prevedendo quindi degli studi specifici che analizzano dette grandezze economiche sia di tipo materiale che di tipo immateriale.

Altrettanto problematica è l'individuazione di elementi oggettivi per una proficua analisi della spesa pubblica che di fatto rendono aleatoria l'introduzione di sistemi di premialità e/o sanzionatori per incentivare le *best practice* ed arginare iniziative poco virtuose.

Il quadro di analisi dovrà necessariamente considerare le differenze esistenti tra i territori, sia nel profilo strutturale, sia in relazione alla quantità e qualità dei servizi erogati, tenendo in debito conto le realtà territoriali con presenza, composizione ed andamento demografico di piccole e piccolissime dimensioni.

Il delicato processo di individuazione dei fabbisogni standard, frutto di analisi ed informazioni socio-economiche, consentirà da un lato di fornire all'amministrazione pubblica essenziali elementi di conoscenza della conformazione della spesa locale, necessaria per una attenta e puntuale programmazione finanziaria e dall'altro lato di offrire ai cittadini, quali usufruttori finali della spesa, uno strumento certamente trasparente finalizzato anche per comparare e valutare l'operato della pubblica amministrazione.

### **Attuazione del federalismo fiscale previa l'armonizzazione dei differenti sistemi contabili.**

Uno dei primi aspetti che meritano un adeguato approfondimento è l'appurata differenziazione nella rappresentazione tecnica dei bilanci dell'universo degli enti territoriali.

Grande risalto assume la concreta esigenza di elaborare un quadro raffrontabile delle grandezze contabili in uso nelle svariate amministrazioni territoriali.

Condividere elementi bilancistici, promuovendone la massima trasparenza e tendere, *medio tempore*, alla ricerca di una unitarietà delle regole di redazione dei bilanci e metodologie contabili (ancora troppo diversificati), rappresenta un elemento qualificante e non rinunciabile per la messa a regime del federalismo fiscale che annovera, tra gli elementi qualificanti, la concreta confrontabilità delle politiche sociali messe in campo dagli amministratori.

Scopo finale è la necessità di elaborare un quadro univoco di grandezze contabili in uso negli enti territoriali al fine di permettere una oggettiva raffrontabilità dei dati a livello territoriale nonché una facile aggregazione di elementi contabili, di livello nazionale, per permettere la puntuale verifica del rispetto dei saldi di finanza pubblica, da parte del MEF – RGS, necessari all'ossequio degli impegni comunitari.

In sintesi, nel processo di attuazione della più volte citata l. 42/2009 assumono particolare rilievo le problematiche di natura contabile per ciò che attiene il bisogno d'informazioni uniformi, confrontabili aggregati, omogenei, declinate in ogni livello di governo.

In definitiva è necessaria una classificazione uniforme economica e funzionale indispensabile per l'attuazione a regime del federalismo fiscale.

Un ulteriore motivo di criticità è certamente rappresentato dalla mancata evidenza contabile, principalmente nei bilanci consuntivi dei comuni e delle province, ma anche delle regioni, delle cosiddette esternalizzazioni di quei servizi i cui costi stanno diventando progressivamente parti rilevanti di bilancio degli enti locali.

Segnatamente a tali aspetti, a decorrere dall'esercizio 2008 e fino al 2011, i rendiconti ai bilanci degli enti locali debbono prevedere delle "sezioni" destinate all'esatta individuazione delle spese per funzioni nonché le esternalizzazioni dei servizi.

La rappresentazione corretta delle poste di bilancio diventa particolarmente significativa per la concreta attuazione del federalismo fiscale.

Quindi, sulla linea dell'armonizzazione dei

bilanci pubblici, si è ormai tracciato un percorso che trae supporto normativo dalla l. n. 196 del 2009 quale legge di riforma della contabilità.

Parallelamente a questi aspetti è necessario far risaltare elementi economico-patrimoniali delle gestioni migliorando le pratiche inerenti la contabilità economica sempre più analitica, al fine anche di migliorare (rispetto ai criteri in uso sulle letture delle rilevazioni di contabilità di tipo finanziario) una adeguata verifica dei costi sostenuti dall'ente locale con focus sui servizi garantiti alla cittadinanza da parte degli enti territoriali.

A livello locale esiste una complessa ragmatela di soggetti svolgenti funzioni d'interesse pubblico, che rende particolarmente difficile la composizione di un quadro contabile unitario anche in considerazione del fatto che le strutture societarie, di diritto privato, si supportano della contabilità civilistica ovviamente difforme rispetto ai criteri di contabilità pubblica.

Con il ricorso alle esternalizzazioni i bilanci dei singoli enti, nella loro composizione contabile, possono contenere informazioni incomplete circa le funzioni complessivamente svolte ed il loro costo.

In particolare risultano zone d'ombra circa le fonti di finanziamento e le quote di spesa per servizi erogati che materialmente verrebbero esplicitate in maniera assolutamente non esaustiva unicamente con l'evidenza di un saldo contabile.

Per aspetti generali è impossibile non evidenziare il fatto che ricorrendo a soggetti operanti nel perimetro del "diritto privato" si causa conseguentemente un ampliamento delle aree sottratte agli strumenti di contenimento e controllo degli oneri per la finanza pubblica.

Da qui la necessità di rafforzare l'applicabilità della disciplina pubblicistica ed eventualmente prevedere l'estensione dei vincoli in essere, con il Patto di Stabilità interno, agli affidatari di servizi pubblici locali e ai soggetti che svolgono funzioni di interesse generale e attività per conto della pubblica amministrazione.

Pertanto, se da un lato il ricorso a dette esternalizzazioni, soprattutto negli ultimi venti

anni, ha prodotto un miglioramento da un punto di vista del liberismo di mercato e la riduzione di settori legati al monopolismo statale, dal lato della salubrità dei conti spesso si è dovuto assistere passivamente al fenomeno di squilibri gestionali che nei casi più gravi hanno prodotto dissesti finanziari con la formazione di debiti occulti non facilmente ripianabili.

### **Tipologia controlli amministrativo-contabili.**

La Magistratura contabile, rispetto alle questioni inerenti il debito prodotto dagli enti locali, pone l'accento sia sull'effettiva leggibilità dei risultati di gestione, evincibili dai bilanci consuntivi degli enti, sia sulla compiuta applicazione della l. 42/2009 anche rispetto alle previsioni normative relative alle forme di consolidamento dei dati contabili degli Enti con quelli delle società controllate.

In riferimento alla disciplina dei controlli in materia di finanza pubblica lo Stato detiene competenza legislativa esclusiva limitatamente alla tematica del sistema tributario e contabile nazionale; viceversa, la materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e il "coordinamento" della finanza e del sistema tributario pubblico, ai sensi dell'art. 117 della costituzione, è demandato alla legislazione concorrente di Stato e regioni.

Ad integrazione del dettato costituzionale la Finanziaria 2006 ha introdotto l'obbligo, per i collegi dei revisori dei conti degli enti locali, della trasmissione alle sezioni regionali della Corte dei Conti delle relazioni sui bilanci preventivi e sui consuntivi degli enti.

Congiuntamente alla C. conti operano i servizi ispettivi di finanza pubblica, appartenenti all'Ispettorato Generale di Finanza del Dipartimento Ragioneria Generale dello Stato, che espletano un controllo di tipo amministrativo-contabile, tendente alla verifica obiettiva e neutrale della regolarità e proficuità della spesa.

Tali controlli si sono progressivamente evoluti nel tempo ed hanno sempre più riguardato la verifica degli equilibri di bilancio nel quadro più ampio dei vincoli introdotti dal sodalizio comunitario.

Particolare evidenza è stata posta per que-

ste competenze ispettive sugli enti territoriali al fine anche di far emergere eventuali scostamenti degli obiettivi di finanza pubblica, nel rispetto del Patto di Stabilità, con specifica attenzione alle svariate forme di indebitamento ed, in modo particolare, al corretto utilizzo degli strumenti finanziari “derivati” che tanti problemi hanno prodotto, nel recente passato, soprattutto per patologie riconducibili alla scarsa trasparenza su tali operazioni finanziarie, subita o causata dagli amministratori pubblici nell’assunzione di corretti comportamenti inerenti la gestione delle risorse pubbliche.

Il d. lgs. 26.11.2010 n.216 reca disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni *standard* di province, città metropolitane, comuni, è diretto a disciplinare le modalità per la graduale e definitiva surrogazione del criterio di spesa storica.

I fabbisogni standard determinati con le modalità previste nel citato decreto sono il riferimento per il finanziamento integrale della spesa relativa alle funzioni fondamentali e ai livelli essenziali delle prestazioni.

Il Governo, nel contesto della legge di stabilità, propone norme di coordinamento dinamico della finanza pubblica al fine di realizzare l’obiettivo della convergenza dei costi e dei fabbisogni standard per i vari livelli di governo, nonché il perseguimento degli obiettivi di servizio ai livelli essenziali delle prestazioni e funzioni fondamentali, come previsti dall’art. 117 della Carta fondamentale.

Al riguardo sempre il Governo monitora, ai sensi dell’art. 4 della l. n. 42/2009, le funzioni fondamentali effettivamente esercitate e i servizi resi e non resi, totalmente o parzialmente, da ciascun ente locale.

Le funzioni fondamentali e i relativi servizi posti in essere dalle amministrazioni locali in via provvisoria ai sensi dell’art. 21 della l. 42/2009 sono,

*per i comuni:*

- a) le funzioni generali di amministrazione, gestione e controllo
- b) funzioni di polizia locale
- c) funzioni di istruzione pubblica, asilo nido, edilizia assistenza e refezione scolastica
- d) funzioni di viabilità e trasporti

- e) funzioni di gestione del territorio, dell’ambiente, servizio idrico, edilizia pubblica
- f) funzioni nel settore sociale

*per le province:*

- a) funzioni generali di amministrazione
- b) funzioni di istruzione pubblica, compresa l’edilizia scolastica
- c) funzioni nel campo dei trasporti e gestione della viabilità
- d) funzioni di gestione del territorio
- e) funzioni di tutela ambientale
- f) funzioni di sviluppo economico e servizi del mercato del lavoro.

Il nuovo assetto tributario delle amministrazioni locali è necessario che si conformi in modalità tali che la quota di finanziamento statale (perequativa) venga finalizzata al riequilibrio territoriale compensativo delle capacità di autofinanziamento delle funzioni svolte.

I fabbisogni *standard*, riconducibili alle funzioni fondamentali, per i quali la legge delega statuisce il finanziamento integrale a tutela dei servizi essenziali e del diritto di cittadinanza, rappresentano strumenti fondamentali di parametro rispetto alla disciplina della perequazione finanziaria per gli enti locali, nonché misuratore della effettività di erogazione di servizi essenziali capace di definire e valutare le modalità di spesa dei singoli enti.

Non è di secondaria portata la problematica afferente alla eterogeneità e peculiarità dei comuni, province e regioni del nostro Paese, fortemente difformi per i loro contesti territoriali, le caratteristiche strutturali sociali ed economiche.

La composizione dei fabbisogni standard necessita di una fase conoscitiva e di analisi vertente sull’individuazione di una utenza potenziale ed effettiva della qualità e quantità dei servizi da rendersi sulla entità dei costi cumulativi sostenuti e verificati dall’andamento della “serie storica” della spesa sostenuta in passato.

Un assunto che ritengo opportuno enunciare è rappresentato dal fatto che esistono fabbisogni di beni e servizi che sono espressione di bisogni non comprimibili e che rappresentano certamente un sentire comune delle entità di cittadinanza territoriale dal nord al sud

del Paese, che hanno avuto, fino ad oggi, una qualificazione differenziata dal punto di vista qualitativo e sostanziale anche per meriti o demeriti degli amministratori pubblici per la loro difficile sanzionabilità di operato.

E' certamente opportuno, altresì, definire un sistema di indicatori per appurare e valutare l'adeguatezza e l'appropriatezza dei servizi garantiti sul territorio.

### **Federalismo fiscale declinato in federalismo municipale.**

Preliminarmente è opportuno rappresentare che l'argomento del federalismo municipale è in itinere, anche se nel dibattito generale è già stato oggetto di svariati approfondimenti quasi tutti vertenti sulle problematiche che scaturiranno in futuro.

E' di recente stesura lo studio di un parlamentare di opposizione dal quale emergono stime sugli effetti del federalismo di municipalità, impattanti sulle entrate proprie dei comuni capoluoghi di provincia.

L'elemento fondamentale, sul quale poggerà la fiscalità municipale, sarà rappresentato dalla nuova "imposta municipale unica" IMU che si costruirà con i contributi erariali relativi al possesso d'immobili, oltre all'attuale ICI delle seconde case, anche se una parte di questa nuova imposta non andrà direttamente a beneficio dei comuni, ma viceversa confluirà in un "fondo di riequilibrio" per sostenere la cosiddetta "perequazione" tra i comuni; come anche una ulteriore parte servirà allo Stato per ricompensare la perdita di tributi erariali.

Ovviamente, risulta palese la discrasia che si innesterebbe tra comuni ad alto tasso turistico e/o di seconde case e gli altri comuni, con un ulteriore elemento statistico che prefigura una maggioranza di comuni "poveri" ubicati nel meridione rispetto a comuni "ricchi" posizionati nel settentrione.

Altro aspetto problematico sulla costituzione di questa nuova imposta (IMU) è relativo alla definizione di "tributo proprio" per i comuni che godrebbero, pertanto, del beneficio, in capo agli enti, di imposizione autonoma in fase di determinazione dell'aliquota, vanificando criteri di univocità nel successivo ritorno di parte del gettito IMU nel fondo pe-

requativo, con conseguenti dubbi circa la legittimità di tali decisioni prese dallo Stato centrale, in surroga direttamente ed autonomamente dai comuni ovvero dall'Anci o dalle regioni.

La quantificazione delle entrate, relative all'apporto all'IMU che proverranno dall'imposta sui trasferimenti di immobili, risulterà particolarmente complessa ed aleatoria anche in considerazione della mutabilità e ciclicità economica dei volumi, incrementi e decrementi, del mercato immobiliare.

Il fisco municipale, che si baserà anche sulla struttura costitutiva dell'IMU, quale imposta su cui i comuni dovranno ricavare buona parte delle risorse finanziarie per il proprio funzionamento, vivrà sostanzialmente del gettito derivante dalle seconde case (e per questo detenute in gran parte da non residenti) oltre che da altre tipologie di immobili di uso commerciale, industriale e diverso (e qui inciderà il tasso di densità produttiva del territorio) ed ancora fattore turistico, commerciale, ecc.

Altro ambito di discussione è stata l'ipotesi di istituzione di una "cedolare secca" sugli affitti, ovvero la tassazione, ad aliquota fissa, sui canoni percepiti dai proprietari cioè persone fisiche che concedono in affitto unità abitative, per facilitare anche l'emersione del fenomeno delle locazioni in nero, con una quota che potrebbe aggirarsi intorno al 20%.

Da ultimo la possibilità, più volte perorata dall'Associazione dei comuni d'Italia, di assegnare una quota parte dell'Irpef direttamente alle amministrazioni municipali.

### **Conclusioni.**

In conclusione, gli aspetti di criticità maggiormente evidenti per l'intera riforma comunemente denominata "federalismo fiscale" da un lato sono rappresentati dalla definizione e perimetrazione dei fabbisogni standard e dall'altro lato dalla conseguente e concomitante modalità di finanziamento per mezzo della radicale riforma dei tributi che necessariamente devono transitare dal livello Statocentrico a livelli inter-territoriali (regionali e locali). A questo punto necessiterebbero ulteriori elementi di approfondimento circa il

concreto esplicitarsi delle fasi del processo di decisione e di applicazione dei fabbisogni standard, vero nodo cruciale e materia del contendere con le autonomie locali.

Da un versante si rende necessaria l'individuazione, a livello nazionale, di un assetto di prestazioni minime da garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, quali livelli essenziali delle prestazioni LEP.

Tali prestazioni devono essere efficientate con stime medie di costo verificate statisticamente; operando in tale contesto si punta alla tutela "normocentrica" dei diritti di cittadinanza, garantiti costituzionalmente.

Da un'altra visione si perseguono i fabbisogni standard ricavandoli da aggregati composti con elementi costruiti sulle specificità territoriali, costi di produzione dei servizi differenti per aspetti socio-economici, demografici, territoriali; un processo, in definitiva, che guarda dal basso in alto per identificare opportunamente le prestazioni che poggiano su elementi oggettivi più che teorici.

Tutto, però, deve considerare il fine ultimo di tale riforma, ovvero, nel quadro di un coordinamento costante e dinamico della finanza pubblica, in ossequio anche al patto di sta-

bilità interno e ai vincoli di finanza comunitaria, offrire cioè un insieme di beni e servizi alle collettività territoriali, finanziariamente sostenibile.

Per far ciò è necessaria anche una maggiore coerenza sull'operato degli amministratori pubblici, per porre in essere comportamenti virtuosi e rispettosi in una ottica di moralità diffusa e di responsabilità diretta sulla gestione delle risorse finanziarie "collettive".

*Il presente redazionale è stato redatto con riferimenti a: documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla finanza locale, elaborato dalla V commissione permanente della camera dei deputati; audizione del Ragioniere Generale dello Stato alle commissioni bilancio di camera e senato, commissione parlamentare attuazione federalismo fiscale; audizione Anci commissioni bilancio di camera e senato, commissione parlamentare federalismo fiscale; audizione Anci commissione bicamerale attuazione federalismo fiscale; atti del Governo, relazione sul federalismo fiscale approfondimenti tecnici 4-5-6 fabbisogni standard province e comuni, costi standard delle regioni, entrate dei comuni province e regioni.*

«.....GA.....»

## GIURISPRUDENZA

Cassazione Civile, Sez. Trib. 10.12.2010 n. 25012

**TARSU - immobili utilizzabili ma non utilizzati - tassabilità - esclusione - non sussiste.**

*in tema di tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, del d. lgs. 15.11.1993, n. 507, art. 62, co. 2, nello stabilire che non sono soggetti alla stessa i locali e le aree che "risultino in obiettive condizioni di non utilizzabilità", sottrae all'imposizione gli immobili oggettivamente inutilizzabili, e non già quelli lasciati in concreto inutilizzati, per qualsiasi ragione, dai titolari della relativa disponibilità.*

Cassazione Civile, Sez. Trib. 2.12.2010 n. 24478

**ICI - Edificabilità area - Determinazione base criteri - qualificazione attribuita nel piano regolatore generale del comune - approvazione da parte della regione ed adozione di strumenti urbanistici attuativi - irrilevanza - sussiste.**

*In tema di ICI, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 30.9.2005, n. 203, art. 11 - quaterdecies, co. 16, convertito con modificazioni dalla l. 2.12.2005, n. 248, e del d.l. 4.7.2006, n. 223, art. 36, co. 2, convertito con modificazioni dalla l. 4.8.2006, n. 248, che hanno fornito l'interpretazione autentica del d. lgs. 30.12.1992, n. 504, art. 2, co. 1, lett. b), l'edificabilità di un'area, ai fini dell'applicabilità del criterio di determinazione della base imponibile fondato sul valore venale, dev'essere desunta dalla qualificazione ad essa attribuita nel piano regolatore generale adottato dal comune, indipendentemente dall'approvazione dello stesso da parte della regione e dall'adozione di strumenti urbanistici attuativi.*

Cassazione Civile, Sez. Trib. 1.12.2010 n. 24317

**ICI - Concessionario area demaniale - autorizzazione ad edificare uno stabilimento balneare - soggetto passivo - sussiste.**

*"il concessionario di un'area demaniale, sulla quale abbia ottenuto l'autorizzazione ad edifi-*

*care uno stabilimento balneare, e' titolare di una vera e propria proprietà' superficiaria, sia pure avente natura temporanea e soggetta ad una peculiare regolamentazione in ordine al momento della sua modificazione, estinzione o cessazione. Egli e' soggetto all'imposta comunale sugli immobili (ICI) anche prima del 1.1.2001, data di entrata in vigore della l.23.12.2000, n. 388, art. 3 - che prevede che, nel caso di concessione su aree demaniali, soggetto passivo ICI sia il concessionario - considerato che il d. lgs. 30.12.1992, n. 504, art.3, co. 1, stabilisce, anche nella formulazione anteriore al d. lgs. 15.12.1997, n. 446, art. 58, co. 1, che siano soggetti ICI anche i titolari del diritto di superficie e degli altri diritti reali". (Cass. 9935/08).*

Cassazione Civile, Sez. Trib. 30.11.2010 n. 24195

**ICI - fabbricato - asserita ruralità - attribuzione diversa categoria catastale - onere del contribuente interessato.**

*"in tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), l'immobile che sia stato iscritto nel catasto fabbricati come rurale, con l'attribuzione della relativa categoria (OMESSO), in conseguenza della riconosciuta ricorrenza dei requisiti previsti dal d.l. n. 557 del 1993, art. 10 conv. con l. n. 133 del 1994 e successive modificazioni, non è soggetto all'imposta ai sensi del combinato disposto del d.l.n. 207 del 2008, art. 23, co. 1 bis convertito con modificazioni dalla l. n. 14 del 2009 e del d. lgs. n. 504 del 1992, art. 2, co. 1, lett. a).*

*L'attribuzione all'immobile di una diversa categoria catastale deve essere impugnata specificamente dal contribuente che pretenda la non soggezione all'imposta per la ritenuta ruralità del fabbricato, restando altrimenti quest'ultimo assoggettato ad ICI: allo stesso modo il comune dovrà impugnare l'attribuzione della categoria catastale (OMESSO) al fine di potere legittimamente pretendere l'assoggettamento del fabbricato all'imposta. Per i fabbricati non iscritti in catasto l'assoggettamento all'imposta*

è' condizionato all'accertamento positivamente concluso della sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della ruralità del fabbricato previsti dal d.l. n. 557 del 1993, art. 9 e successive modificazioni che può essere condotto dal giudice tributario investito dalla domanda di rimborso proposta dal contribuente, sul quale grava l'onere di dare prova della sussistenza dei predetti requisiti.

Tra i predetti requisiti, per gli immobili strutturali, non rileva l'identità tra titolare del fabbricato e titolare del fondo, potendo la ruralità essere riconosciuta anche agli immobili delle cooperative che svolgono attività di manipolazione, trasformazione, conservazione, valorizzazione o commercializzazione dei prodotti agricoli conferiti dai soci.

Cassazione Civile, Sez. Trib. 12.11.2010, n. 22990

**ICI - concessione aree all'I.A.C.P. - attribuzione diritto di superficie - I.A.C.P. soggetto passivo.**

"in tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), la concessione all'IACP di aree - espro-

priate dai comuni per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica ai sensi della l. n. 167 del 1962, art. 10, come sostituito dalla l. n. 865 del 1971, art. 35, - attribuisce al medesimo IACP il diritto di superficie, ovvero le facoltà ad esso riconducibili, sulle aree su cui il concessionario costruisce gli alloggi di edilizia economica e popolare, e rende, quindi, quest'ultimo soggetto passivo dell'imposta d. lgs. n. 504 del 1992, ex art. 3, non occorrendo, a tal fine, un ulteriore atto costitutivo del diritto di superficie, in quanto l'incontro delle volontà dei due soggetti rileva su un diverso piano".

Cassazione Civile, Sez. Trib. 20.10.2010, n. 21505

**ICI - procedura DOCFA - necessità di preventiva notifica della rendita - non sussiste.**

"il ricorso alla procedura DOCFA abilita il comune ad emettere avviso di liquidazione, senza necessità di preventiva notifica della rendita, trovando applicazione il d.lgs. 30.12.1992, n. 504, art. 11 che autorizza il comune ad utilizzare dati comunque acquisiti".

«.....GA.....»

## SCHEMI DI ATTI E CONVENZIONI

Questo spazio è stato appositamente creato al fine di rendere effettivo lo scopo perseguito dalla Gazzetta Amministrativa, ovvero affiancare costantemente la PA nella risoluzione delle problematiche concrete che investono gli operatori di diritto nella quotidiana attività amministrativa degli Enti locali.

Detto servizio si concretizza non solo nella tempestiva risposta ai quesiti che ci verranno partecipati, ma altresì nella assistenza e nella fase di redazione degli atti amministrativi con particolare attenzione alla predisposizione di modelli, formulari e schemi di atti, regolamenti, statuti, determinazioni, deliberazioni e provvedimenti in genere che, *ab origine*, si qualificano in termini di legittimità.

Attendiamo, quindi, le Vostre richieste in ordine alle quali sarà nostra cura dare una solerte e risolutiva risposta.

Il servizio è esclusivamente riservato agli operatori della PA ed il richiedente dovrà indicare l'Ente di appartenenza, un proprio riferimento telefonico, fax, email, nonché l'unità organizzativa presso la quale presta attività.

Recapiti: Telefono 06.3242351 – 06.32.42.354 Fax 06.32.42.356  
Email: [info@gazzettaamministrativa.it](mailto:info@gazzettaamministrativa.it)