



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

- *LA MOTIVAZIONE POSTUMA ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI*
- *ALBO PRETORIO ON LINE E DIRITTO DI ACCESSO*
- *LA NATURA DI RIFIUTO PER I MATERIALI INERTI DA CAVA: RIBADITA LA COMPETENZA ESCLUSIVA DELLO STATO*
- *L'APPLICAZIONE ALLE SANZIONI EDILIZIE DELLA DISCIPLINA GENERALE DI CUI ALL'ART. 16 DELLA L. 24.11.1981, N. 689 IN MATERIA DI SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE*
- *ULTIME NOVITÀ IN TEMA DI AVVALIMENTO*
- *L'ACCESSO (NEGATO) ALLE RELAZIONI RISERVATE DEL DIRETTORE DEI LAVORI E DELL'ORGANO DI COLLAUDO*
- *IL CONTENZIOSO NEGLI APPALTI PUBBLICI NEL NUOVO REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI, D.P.R. 5.10.2010, N. 207*
- *MANSIONI SUPERIORI DEL DIPENDENTE PUBBLICO: IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE TRA LA CORTE DI CASSAZIONE ED IL CONSIGLIO DI STATO*
- *RUOLO E FUNZIONI DEL CONSIGLIO TRIBUTARIO*
- *FOCUS SUL DECRETO MILLEPROROGHE*
- *IL FEDERALISMO DEMANIALE DECLINATO IN GESTIONE ATTIVA DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E CONSEGUENTI RICADUTE FINANZIARIE E SOCIALI*
- *LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE AUTORITÀ D'AMBITO E LA TUTELA DI INTERESSI DIFFUSI*

DIREZIONE REDAZIONE E SEDE LEGALE: VIA G. NICOTERA, 29 00195 ROMA Tel. 06.32.42.351
06.32.42.354 Fax 063242356 - sito: www.gazzettaamministrativa.it



Presidente Onorario: Dott. Pasquale de Lise
(Presidente Consiglio di Stato)

Segretario Generale Onorario: Dott. Filippo Gai
(Direttore Generale Consiglio di Stato)

DIREZIONE E REDAZIONE

Direttore: Prof. Enrico Michetti

Direttore Responsabile: Dott.ssa Marzia Romani

Vicedirettori: Avv. Valentina Romani e Avv. Paolo Pittori

Caporedattore: Avv. Emanuele Riccardi

Responsabile rapporti istituzionali: Dott.ssa Lubiana Restaini

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

COMITATO SCIENTIFICO

Coordinatore del Comitato Scientifico: Dott. Luca Palamara

Coordinatori di Area: Prof. Alfredo Contieri (giuridico-amministrativa), Pres. Massimo Sessa (tecnica).

Segretari Generali del Comitato Scientifico: Prof.ssa Elisa Scotti e Prof. Fulvio Pastore.

Componenti: Prof. Edoardo Ales, Dott. Andrea Baldanza, Prof. Enzo Baldini, Prof. Antonio Bartolini, Prof. Raffaele Bifulco, Prof. Roberto Caranta, Prof. Lucia Cavallini, Prof. Guido Corso, Prof. Enrico Follieri, Prof. Giovanni Leone, Prof. Fiorenzo Liguori, Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, Pres. Filippo Paone, Prof. Nino Paolantonio, Dott. Giuseppe Rotondo, Prof. Mario Sanino, Prof. Emilio Paolo Salvia, Dott. Andrea Paolo Taviano, Prof. Luciano Vandelli.

Sono in corso ulteriori adesioni che verranno formalizzate entro e non oltre la data del 30.6.2011. Successivamente a tale data si procederà alla nomina del Presidente, dei VicePresidenti e dei Segretari per l'annualità 2012.

COMITATO ISTITUZIONALE

Presidente: Giuseppe Castiglione

Coordinatore: Fabio Melilli

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

SOMMARIO

L'EDITORIALE

LA MOTIVAZIONE POSTUMA ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI <i>del Prof. Avv. Enrico Michetti</i>	4
--	---

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	9
REDAZIONALI	15
ALBO PRETORIO <i>ON LINE</i> E DIRITTO DI ACCESSO <i>degli Avv.ti Antonio Cordasco e Domenico Tomassetti</i>	15
LA RIFORMA DEL CODICE DEL PROCESSO DIGITALE DOPO IL D. LGS. 235/2010 <i>del Prof. Avv. Maurizio Asprone e della Dott.ssa Aiello Francesca</i>	19
LE PIÙ RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI ENERGIA NUCLEARE E LA NECESSITÀ DI UN CONFRONTO PUBBLICO <i>della Dott.ssa Valeria De Santis</i>	23
RINNOVO DI CONCESSIONE DI BENI DEMANIALI E TUTELA DELLA CONCORRENZA: UN MATRIMONIO IMPOSSIBILE <i>del Dott. Giustino Lo Conte</i>	32
LA NATURA DI RIFIUTO PER I MATERIALI INERTI DA CAVA: RIBADITA LA COMPETENZA ESCLUSIVA DELLO STATO <i>della Dott.ssa Antonella Zella</i>	37
LA DISCIPLINA DELLA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI <i>della Dott.ssa Elisa Lori</i>	41
GIURISPRUDENZA	47
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990)	48
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI	51
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE	64

EDILIZIA URBANISTICA ED AMBIENTE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	70
REDAZIONALI	73
L'APPLICAZIONE ALLE SANZIONI EDILIZIE DELLA DISCIPLINA GENERALE DI CUI ALL'ART. 16 DELLA L. 24.11.1981, N. 689 IN MATERIA DI SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE <i>dell'Avv. Paolo Pittori</i>	73
LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 293/2010: CONSEGUENZE DELLA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA SULLA C.D. ACQUISIZIONE SANANTE <i>dell'Avv. Domenico Tomassetti</i>	76
LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE AUTORITÀ D'AMBITO E LA TUTELA DI INTERESSI DIFFUSI <i>degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi</i>	80
COSTRUZIONE ED ESERCIZIO DEGLI IMPIANTI NUCLEARI <i>degli Avv.ti Antonio Cordasco e Luca Fiasconaro</i>	84



GIURISPRUDENZA	86
URBANISTICA	86
EDILIZIA.....	89
ABUSI EDILIZI.....	96
PAESAGGIO	100
ESPROPRIAZIONI.....	102
AMBIENTE	107
OSSERVATORIO PENALE	110

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	113
REDAZIONALI	117
ULTIME NOVITÀ IN TEMA DI AVVALIMENTO <i>dell'Avv. Michele De Cilla</i>	117
L'ACCESSO (NEGATO) ALLE RELAZIONI RISERVATE DEL DIRETTORE DEI LAVORI E DELL'ORGANO DI COLLAUDO <i>dell'Avv. Paola Tria</i>	121
IL CONTENZIOSO NEGLI APPALTI PUBBLICI NEL NUOVO REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI, D.P.R. 5.10.2010, N. 207 <i>del Dott. Andrea Di Stazio</i>	123
LE SOCIETÀ STRUMENTALI POSSONO ANCHE GESTIRE SERVIZI PUBBLICI LOCALI – SOCIETÀ MISTE, INAPPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI CUI ALL'ART. 13 D.L. 223/06 <i>dell'Avv. Gianluca Piccinni</i>	128
OSSERVATORIO SULL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE: L'INTEGRAZIONE DOCUMENTALE IN SEDE DI GARA <i>dell'Avv. Maurizio Dell'Unto</i>	132
GIURISPRUDENZA	134
CONTRATTI PUBBLICI <i>del Dott. Francesco Mambrini</i>	134
SERVIZI PUBBLICI LOCALI <i>dell'Avv. Federico Mazzella</i>	139

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	144
REDAZIONALI	148
LA ESIMENTE POLITICA <i>dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo</i>	148
MANSIONI SUPERIORI DEL DIPENDENTE PUBBLICO: IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE TRA LA CORTE DI CASSAZIONE ED IL CONSIGLIO DI STATO <i>dell'Avv. Fabio Falco</i>	152
NORME SOPRAVVENUTE IN PENDENZA DI PROCEDURE CONCORSUALI: LA SOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA <i>dell'Avv. Flavia Virginia Prosperetti</i>	156
GIURISPRUDENZA	159

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI	164
REDAZIONALI	168
RUOLO E FUNZIONI DEL CONSIGLIO TRIBUTARIO <i>del Prof. Avv. Enrico Michetti</i>	167
FOCUS SUL DECRETO MILLEPROROGHE <i>del Dott. Michele Scognamiglio</i>	172
IL FEDERALISMO DEMANIALE DECLINATO IN GESTIONE ATTIVA DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E CONSEGUENTI RICADUTE FINANZIARIE E SOCIALI	



<i>del Dott. Stefano Olivieri Pennesi.....</i>	175
GIURISPRUDENZA	180
ABBONAMENTO.....	185

L'EDITORIALE

LA MOTIVAZIONE POSTUMA ALLA LUCE DEI RECENTI INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI

del Prof. Avv. Enrico Michetti

Una delle questioni che, con più frequenza, emerge nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale recente attiene alla integrazione nel corso del giudizio della motivazione del provvedimento impugnato.

La contrarietà avverso interventi di sanatoria da parte dell'amministrazione sui provvedimenti insufficientemente motivati, oggetto di impugnazione, si basa sull'assunto che poteri siffatti condurrebbero ad una ingiustificata riapertura del procedimento, senza la necessaria partecipazione della parte interessata.

Vieppiù, l'oggetto del giudizio originario rappresentato dagli atti impugnati e dai motivi dedotti in giudizio verrebbe per tal via allargato con la conseguente mortificazione di quello che P. Calamandrei definiva il momento in cui deve iniziare il "duello ad armi pari" proprio della sede processuale, nella quale dovrebbe restare "fotografata" l'attività amministrativa censurata, con la sola eccezione delle ipotesi di cessata materia del contendere conseguente all'esercizio dell'annullamento in autotutela nonché della sopravvenuta carenza di interesse. Ancora, la mancanza della motivazione sarebbe produttiva di nullità ove qualificata quale elemento essenziale dell'atto.

A tal proposito giova osservare che la riapertura da parte della PA del procedimento amministrativo che conduce alla emanazione di una motivazione postuma non esclude una partecipazione attiva della parte interessata laddove si consideri che quest'ultima, attraverso l'istituto dei motivi aggiunti, sarà nelle condizioni di integrare l'originaria scelta processuale cristallizzata nei motivi del ricorso, introducendo nel giudizio ogni ulteriore argomentazione volta a censurare la successiva attività posta in essere dall'amministrazione.

In tal senso la giurisprudenza¹ non ha mancato di osservare che la caduta della preclusione del principio della irrisarcibilità dell'interesse legittimo già suggerisce, di per sé, un ripensamento del tradizionale divieto d'integrazione della motivazione e, più in generale, di interventi di sanatoria in pendenza di giudizio.

Una volta ammesso, infatti, che la pubblica amministrazione possa essere potenzialmente chiamata a rispondere in sede risarcitoria delle illegittimità dei suoi atti, non sembra possibile negare alla medesima, quando abbia riscontrato una ipotesi di illegittimità del proprio operato, pendente un giudizio, il potere-dovere di intervenire per porvi rimedio, allo scopo di circoscrivere la propria eventuale responsabilità, limitando possibili danni per l'erario.

Una ripensamento dei precedenti indirizzi sembra imporsi a maggior ragione nella nuova ottica, ormai doverosa, del giudizio cd. sul rapporto, modello processuale la cui introduzione ha ricevuto una decisiva conferma nelle previsioni della l. n. 205/2000.

Relativamente alle preoccupazioni concernenti la possibile violazione del principio di parità delle parti in causa dinanzi al giudice, esse dovrebbero risultare superate dalla previsione di cui alla l. n. 205/2000 che, modificando l'art. 21 della l. n. 1034/1971, ha previsto in termini generali

¹ Tar Calabria, Salerno, Sez. I, sentenza 22.4.2004 n. 1722, in giustizia-amministrativa.it

che *“Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all’oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti”*.

Tale nuova norma, pertanto, fa venir meno qualsivoglia pericolo di violazione del diritto costituzionale di azione e di difesa in giudizio, introducendo nel medesimo contenitore processuale tutto il materiale decisorio, onde consentire al giudice di risolvere, in via tendenzialmente definitiva, il rapporto giuridico controverso.

Con riferimento alla seconda argomentazione si sottolinea che la motivazione postuma una volta adottata dalla PA si salda e si assorbe nell’atto originariamente impugnato, con tutte le conseguenze che ne conseguono in termini di difesa processuale della parte interessata.

Allorquando la motivazione postuma avrà svelato un vizio non sanabile da parte della amministrazione, la controversia sarà stabilmente risolta a vantaggio del privato, con l’effetto di riempire il giudicato di quel profilo *“sostanziale”* che il nuovo processo amministrativo sta definitivamente acquisendo.

Nel caso in cui l’amministrazione dimostri di aver correttamente scelto, la questione sarà inevitabilmente risolta a vantaggio della amministrazione, in tal modo evitandosi inutili e defatiganti riproposizioni della catena procedimento - atto - ricorso - annullamento - nuovo provvedimento.

Quand’anche si volesse seguire la tesi che qualifica il difetto di motivazione quale mancanza di un elemento essenziale, questo potrà dirsi integrato solo laddove si sia in presenza di un difetto assoluto di motivazione e giammai nei casi in cui la motivazione si palesi soltanto inidonea ad evidenziare le giustificazioni della scelta dell’amministrazione.

In questa prospettiva, la motivazione del provvedimento vive oggi il suo tormento: essa, se da un lato rappresenta un obbligo per la pubblica amministrazione, una via cui è incatenato il potere pubblico al fine di rendersi legittimo, dall’altro essa costituisce per il privato un presidio del suo diritto di difesa.

Se tutto ciò appare corretto, non può tuttavia non riconoscersi che il divieto di motivazione postuma sia oggi quantomeno affievolito, senza che ciò possa condurre a ritenere lesi i diritti di difesa della parte privata destinataria del provvedimento adottato.

Tale conclusione emerge dalla semplice analisi della recente legislazione sul processo amministrativo che, assicurando le garanzie difensive, consente al giudice di conoscere il merito della controversia.

Un esempio si rinviene nella vicenda della D.I.A. nella quale le modificazioni al procedimento *ex art. 21 bis* l. n. 1034/1971 introdotte dall’art. 3, co. 6 *bis*, d.l. n. 35/2005, conv. dalla l. n. 80/2005 stabiliscono che: *“Il g.a. può conoscere della fondatezza dell’istanza”*.

Inoltre, a prescindere dall’anzidetto sindacato del giudice, lo stesso istituto della D.I.A., sotto altro angolo visuale, manifesta evidente l’attuale affermazione di una chiara dequotazione della motivazione, atteso che viene data rilevanza amministrativa ad atti promananti da privati, privi di motivazione, soggetti esclusivamente ad una attività di mera verifica da parte dell’amministrazione della corrispondenza di quanto dichiarato dall’interessato con i canoni normativi stabiliti per l’attività in questione.

Ma v’è di più. Analoghe considerazioni s’impongono con riferimento alla novella di cui all’art. 14 della l. n. 15/2005 che ha introdotto l’art. 21 *octies* nella l. n. 241/90 il cui co. 2 legittima l’amministrazione a provare in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Sul punto il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza 9.10.2007 n. 5271 ha espressamente affermato che, sebbene l’obbligo di motivazione rappresenti il presidio essenziale del diritto di difesa, non può *“ritenersi che l’Amministrazione incorra nel vizio denunciato quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato (...) Deve anche ammettersi, d’altra parte, che la legislazione più recente in tema di processo amministrativo si va decisamente orientando per l’abbandono di impostazioni formalistiche in favore di soluzioni che consentano al giudice di conoscere del merito della controversia, quando ciò sia possibile senza elidere le garanzie difensive... Si tratta di una innovazione della*

quale la giurisprudenza non ha ancora adeguatamente approfondito la portata, ma dalla quale sarebbe arduo non far derivare una attenuazione del divieto di motivazione postuma”.

Giova riportare anche la sentenza 4.5.2005, n. 76 del TAR Campania – Salerno, Sez. I, nella quale con riferimento all'intervento normativo di cui alla legge n. 15/2005 che ha introdotto l'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990, in specie relativamente al co. 2, ha affermato che “*tale innovativa formula della legge deve, tra l'altro, indurre al definitivo ribaltamento del tradizionale principio del cd. divieto di motivazione postuma (...) essendo norma che non attiene alla disciplina relativa all'assolvimento delle competenze proprie dell'amministrazione, in ordine alla struttura, ai requisiti ed al ruolo funzionale degli atti, bensì riducendo il novero dei vizi patologici a quelli di natura sostanziale, limita la podestà caducatoria del giudice amministrativo.*”

Il principio “*tempus regit actum*” viene così in considerazione, ma quale criterio di ricognizione non della disciplina sostanziale, bensì di quella processuale astrattamente applicabile, racchiusa dal confine cronologico segnato dalla data in cui la decisione giudiziale è stata adottata”. Aggiunge inoltre il Collegio che “*una volta ammesso, in termini generali con la l. 21.7.2000 n. 205, che anche dall'esercizio dell'attività provvedimentale della p.a. possono scaturire illeciti risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., si impone un ripensamento dell'assunto della immodificabilità della motivazione, comprensivo, più in generale, del divieto di interventi di sanatoria in pendenza di giudizio, al fine di consentire all'amministrazione di esercitare un ampio jus poenitendi in autotutela, in applicazione del principio della parità delle parti nel processo.*”

Peraltro la citata l. n. 205 (modificando l'art. 21 l. 6.12.1971 n. 1034), con la previsione dei “*motivi aggiunti*”, comporta che l'adozione di un ulteriore provvedimento inteso ad emendare un vizio dell'atto, oggetto di gravame, non pone più fine automaticamente al relativo giudizio (oggi strutturato come giudizio sul rapporto), ma abilita l'interessato ad integrare la sua originaria impugnativa”.

La tendenza, quindi, seguita sia dalla giurisprudenza che dal legislatore contemporaneo è nel verso della dequotazione dell'enunciato motivante anche attraverso un affievolimento del tradizionale divieto di motivazione postuma, affinché, in ossequio ai principi dell'effettività della giustizia amministrativa, venga meno il rischio che il processo amministrativo si traduca in una mera caccia all'errore dell'amministrazione, soprattutto in ipotesi di provvedimenti che sono il risultato di un grande dispendio di attività nonché di mezzi.

Si va, forzatamente, verso il definitivo abbandono di impostazioni formalistiche, attraverso il riconoscimento della centralità del ruolo del giudice che, nel rispetto di tutte le garanzie difensive riconosciute a livello costituzionale, ha il compito di conoscere la fondatezza della questione posta al suo esame, attribuendo o negando la pretesa materiale che il ricorrente introduce nel giudizio.

Come affermato dalla Corte Costituzionale² il giudice amministrativo assume la dimensione di giudice dei rapporti tra PA e privato nonché di garante delle situazioni giuridiche sostanziali, siano esse diritti soggettivi o interessi legittimi (Suprema Corte di Cassazione, SS.UU. n. 500/99).

Il procedimento amministrativo infatti traccia un percorso all'interno della PA che non necessariamente traduce nello scritto ogni sequenza dello stesso.

Infatti le diverse fasi del procedimento amministrativo si compongono di immagini, riflessioni, sensazioni che il funzionario della PA deve tenere in considerazione prima di determinarsi, anche a tutela della PA, in positivo o in negativo, nei confronti di una istanza proveniente da soggetto esterno alla PA.

L'idea che il funzionario si è fatto della vicenda trattata in sede procedimentale molto spesso non è facilmente e totalmente riproducibile nello scritto.

D'altro canto la sede giudiziale rappresenta un'ulteriore momento di confronto che non riapre il procedimento, ma potrebbe favorire, ai soli fini del chiarimento, l'estensione della parte motiva ritenuta insufficiente.

² Corte Cost. sent. n. 204/2004 e n. 191/2006, in www.giurcost.org

La caratteristica del giudizio cautelare, tipico del processo amministrativo, potrebbe rappresentare lo strumento mediante il quale creare quel meccanismo di interazione tra amministrazione e cittadino che, in questa prospettiva, consente di far rifluire la porzione di interesse pubblico controverso e il bene della vita cui il privato aspira nelle mani del giudice.

La tecnica del *remand*, sviluppatasi negli anni settanta negli Stati Uniti d'America, aveva proprio la funzione di sollecitare il riesercizio del potere pubblico attraverso un nuovo intervento dell'amministrazione sull'assetto originario degli interessi definito, sovente attraverso una integrazione della motivazione del provvedimento.

Il legislatore nazionale, nel 2000, ha modificato l'art. 21 legge TAR, prevedendo espressamente che *“il giudice, ricorrendone i presupposti può adottare le misure cautelari, compresa l'ingiunzione al pagamento di una somma di denaro, che appaiono secondo le circostanze più idonee ad assicurare gli effetti della decisione sul merito”*: a seguito di tale novità legislativa si è attribuito alla misura cautelare quella atipicità che permette di modulare sul caso concreto la richiesta cautelare, in questo modo incidendo non solo sugli effetti materiali derivanti dai provvedimenti adottati, ma anche sugli effetti giuridici, di guisa che saranno ammesse non solamente misure cautelari sospensive, ma anche le cosiddette ordinanze propulsive.

La tecnica delle ordinanze propulsive, con cui il giudice induce l'amministrazione, sia pure nei limiti tipici del giudizio cautelare, a riaprire il procedimento per adottare l'atto, emendato dei profili che ad una sommara delibazione sono apparsi illegittimi, potrebbe rappresentare la modalità più efficace per concentrare nello stesso momento processuale tutto il materiale decisivo che aveva indotto l'amministrazione all'azione, svelandosi definitivamente la bontà o meno della scelta effettuata.

A tale intervento correttivo i ricorrenti, come detto, potrebbero reagire utilizzando lo strumento dei motivi aggiunti, aggredendo conseguentemente, davanti allo stesso organo giudicante, anche i provvedimenti sopravvenuti, connessi con l'originario provvedimento impugnato.

In questo modo, l'adozione di misure cautelare atipiche, sulla scorta delle previsioni di cui all'art. 700 c.p.c., permette di configurare una formazione progressiva dell'oggetto del giudizio amministrativo, la cui esatta perimetrazione, frutto anche di attività cronologicamente e logicamente successive delle parti, consente di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del privato.

In alcuni casi, il giudizio cautelare, nel quale l'amministrazione avrà convalidato l'originario provvedimento, assumerà carattere esorbitante rispetto al giudizio di merito, se la statuizione provvedimento sollecitata dalla ordinanza propulsiva conterrà un *aliquid novi* rispetto all'originario provvedimento.

In questa situazione sarà svelato dal potere di convalida un eccesso di potere relativo al provvedimento originario non suscettibile di sanatoria. A bilanciare il riconoscimento di questo potere conservativo da parte della pubblica amministrazione il privato dispone, si ribadisce dello strumento dei motivi aggiunti.

L'art. 1, co. 1, della l. 205 del 2000, modificando l'art. 21 co. 1 l. TAR ha previsto dei motivi aggiunti, come strumento di impugnativa avverso atti diversi da quelli impugnati con il ricorso principale, al fine di soddisfare esigenze di economia processuale.

Tale strumento presenta carattere alternativo rispetto alla riunione dei ricorsi eventualmente proposti separatamente, trattandosi di una facoltà che la parte ricorrente può esercitare per definire davanti allo stesso giudice più momenti connessi di una medesima attività amministrativa.

La norma, al fine di riconoscere legittima l'introduzione dei motivi aggiunti, richiede che l'atto successivamente adottato si inserisca nella medesima sequenza procedimentale rispetto a quello inizialmente impugnato, incidendo sulla situazione giuridica soggettiva del destinatario dell'atto.

Tale impostazione è stata confermata nel Codice del processo amministrativo che ha stabilito all'art. 43 che il ricorrente principale e il ricorrente incidentale possano introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse con quelle già presentate.

Tuttavia la concentrazione del complesso litigioso davanti allo stesso organo giudicante sarebbe l'occasione nella quale valutare definitivamente se la porzione di interesse pubblico sintetizzata nel provvedimento sia soverchiante rispetto al bene della vita cui aspira il privato.

Stante tale rappresentazione del processo amministrativo, l'effetto derivante dalla pronuncia di annullamento che avrà accertato lo sviamento del potere potrà indurre l'amministrazione alla riapertura sui nuovi presupposti del procedimento oppure determinare la rinuncia alla reiterazione del provvedimento.

In questi casi il contenuto sostanziale della controversia andrà a vantaggio del privato che in tal modo, in via tendenzialmente stabile, vedrà soddisfatta l'aspirazione al bene della vita come definito negli atti processuali. Con ciò, si badi, non si vuole legittimare la prassi di una amministrazione poco incline a confezionare correttamente i propri prodotti: ci preme sottolineare che introdurre elementi correttivi tesi a salvare gli atti amministrativi che abbiano prodotto buoni risultati, nello stesso giudizio di cognizione, rappresenta la naturale esplicitazione della logica dell'efficienza per una amministrazione attenta ai risultati. Piuttosto che accontentarsi di sole vittorie formali, in applicazione del criterio della soccombenza virtuale, il ricorrente potrebbe non patire i costi del processo, nonostante il rigetto del ricorso.

In applicazione dell'articolo 92 c.p.c., che il nuovo codice del processo amministrativo all'articolo 36 espressamente richiama, il funzionario responsabile infatti potrebbe non restare impunito nella misura in cui le spese processuali dessero luogo ad una sua responsabilità amministrativa, a fronte di un danno cagionato alla amministrazione di appartenenza.³

In questa prospettiva il giusto processo, quello nel quale fanno ingresso la pretesa materiale del cittadino e l'interesse pubblico specificamente sintetizzato nel provvedimento amministrativo, deve tendere, nei limiti del possibile, ad accertare il conflitto sostanziale che si trova alla base dell'impugnativa dell'atto.

Ora, considerando che di frequente le censure svolte dalla parte ricorrente non propongono altro che mere richieste di integrazione della parte motiva del provvedimento impugnato, la logica vuole, ma non soltanto la logica, quanto i principi che sorreggono il procedimento amministrativo che, nei casi in cui ricorrano i presupposti di cui sopra, si possa procedere anche in sede giudiziale all'integrazione della parte motiva del provvedimento gravato.

«..... GA.....»

³ Con d. lgs. del 2.7.2010 n. 104, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 156 del 7.7.2010, *Supp. Ord. n. 148*, in vigore dal 16.9.2010, è stata data attuazione all'art. 44 della l. 18.6.2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, TUEL E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

A DECORRERE DALLE PROSSIME CONSULTAZIONI AMMINISTRATIVE, RIDUZIONE DEL 20% DEL NUMERO DEI CONSIGLIERI REGIONALI E PROVINCIALI

... A tal fine "l'entità della riduzione è determinata con arrotondamento all'unità superiore", non computando, rispettivamente, il sindaco e il presidente della provincia. Si evidenzia, al riguardo, che la disposizione legislativa in argomento postula inequivocabilmente che "l'entità della riduzione" applicata è arrotondata all'unità superiore tutte le volte in cui le risultanze del calcolo danno luogo ad una cifra decimale. Al fine di offrire un'esemplificazione circa la nuova composizione dei consigli comunali e provinciali, fissata ai sensi dell'art. 37 del T.U.O.E.L. n. 267/2000 sulla base della popolazione residente, come rideterminata dalla normativa in parola, è stata predisposta la tabella n. 1 che si allega. Per gli enti che vanno a rinnovo dal 2011, e per gli anni a seguire, va rideterminato il numero massimo degli assessori comunali e provinciali, sulla base della nuova composizione consiliare e con efficacia dalla data del rinnovo, in misura pari a un quarto del numero dei consiglieri del comune e della provincia, computando, in tal caso, rispettivamente il sindaco o il presidente della provincia, con arrotondamento all'unità superiore. In ogni caso, tale numero, ai sensi dell'art. 47, co. 1, del T.U.O.E.L. n. 267/2000, non può superare comunque le 12 unità. Si allega, al riguardo, la tabella n. 2. In relazione a quanto indicato sono fatte salve le modifiche apportate in sede di conversione del d.l. 29.12.2010, n. 225 (c.d. mille proroghe) per i comuni con popolazione superiore a un milione di abitanti. (ministero dell'interno nota

2915 del 18.2.2011).

«..... GA.....»

I CONSIGLIERI POSSONO ESSERE CONDANNATI DALLA MAGISTRATURA CONTABILE SOLO SE LE IRREGOLARITÀ COMMESSE NELLA PERCEZIONE DEI GETTONI DI PRESENZA SUPERANO IL TETTO MASSIMO MENSILE DEI COMPENSI CHE GLI STESSI POSSONO PERCEPIRE

... .Con riferimento alla insussistenza del contestato pregiudizio, la sentenza di primo grado ha richiamato l'art. 23, co. 3, della l. n. 265 del 1999, riportato nell'art. 82, co. 2, del d. lgs. n. 267/2000, secondo cui i consiglieri municipali hanno diritto alla percezione un gettone di presenza per la partecipazione alle riunioni del consiglio municipale e delle eventuali commissioni municipali, con il limite mensile insuperabile di un terzo dell'ammontare dell'indennità massima prevista per il Sindaco o il Presidente del Consiglio del medesimo comune.

Considerato che l'importo del singolo gettone era stato fissato nel 2003 in € 71,84, ne sarebbe conseguito che, nel rispetto di detto limite, il consigliere municipale non potesse ricevere compensi oltre le 19 riunioni mensili... (C. Conti, Sez. III Appello, Sent. 108/2011).

«..... GA.....»

LE ATTIVITÀ PRECIPUAMENTE CONNESSE ALLA MISSIONE ISTITUZIONALE DELL'ENTE (NELLA SPECIE, GESTIONE DI UN'AREA MARINA PROTETTA DA PARTE DEL COMUNE)



SONO ESCLUSE DAI VINCOLI DI SPESA EX DL 78/2010

... ciò che rileva ai fini dell'esatta individuazione del campo di applicazione della norma taglia-spese, è la corretta valutazione delle finalità perseguite mediante la gestione dell'area marina protetta individuate, in modo dettagliato, dal decreto ministeriale istitutivo della stessa.

Al fine di tutelare i beni primari costituiti dall'ambiente e dal patrimonio naturale (beni che trovano copertura costituzionale) il decreto istitutivo dell'area marina protetta "Isola di Bergeggi" individua tra le finalità che deve perseguire il soggetto gestore dell'area rispettivamente: a) la promozione dell'educazione ambientale e la diffusione delle conoscenze degli ambienti marini e costieri dell'area marina protetta, anche attraverso la realizzazione di programmi didattici e divulgativi; b) la realizzazione di programmi di studio, monitoraggio e ricerca scientifica nei settori delle scienze naturali e della tutela ambientale, al fine di assicurare la conoscenza sistematica dell'area; c) la promozione dello sviluppo sostenibile dell'area, con particolare riguardo alla valorizzazione delle attività tradizionali, delle culture locali, del turismo. Pertanto l'attività di studio e ricerca scientifica nel campo delle scienze naturali e della tutela ambientale nonché l'attività di promozione dello sviluppo sostenibile dell'area protetta costituiscono le "missioni" che l'ente gestore deve realizzare e che sono all'origine dell'istituzione dell'area naturale. Tali missioni, richiamando una definizione normativa che ha interessato la riforma del bilancio dello Stato, rappresentano le funzioni principali e gli obiettivi strategici perseguiti con la spesa pubblica ossia le direttrici principali delle sottostanti azioni amministrative da svolgere da parte del soggetto gestore dell'area protetta. Rappresentano, in altre parole, il motivo fondante dell'istituzione dell'area marina protetta senza il quale la suddetta area naturale non avrebbe motivo d'essere. Ricomprendere, quindi, nel campo di applicazione dei commi 7 e 8 succitati gli incarichi di studio e l'attività promozionale posti in essere nell'attività di gestione dell'area naturale vorrebbe dire vanificare

gli obiettivi e le finalità per i quali l'area stessa è stata istituita. A tal fine, per rafforzare le argomentazioni svolte, è possibile richiamare l'art. 11 del decreto ministeriale istitutivo dell'area marina protetta, in base al quale il soggetto gestore dell'area effettua un monitoraggio continuo delle condizioni ambientali dell'area marina protetta, secondo le direttive emanate dal ministero dell'ambiente, e su tale base redige una relazione annuale sullo stato dell'area che serve a valutare, inoltre, con cadenza triennale l'adeguatezza del decreto e della normativa di riferimento a tutela dell'area naturale in esame (Corte Conti, Liguria, par n. 5/2011).

«..... GA.....»

LA PA DEVE SEMPRE PREAVVISARE IL PRIVATO DELLE RAGIONI OSTATIVE ALL'ACCOGLIMENTO DELLE SUE ISTANZA E LA SANATORIA PREVISTA DALL'ART. 21 OCTIES, CO. 2, L. 241/90 È AMMESSA IN SEDE GIURISDIZIONALE SOLO SE SONO STATI COMMESSI ERRORI CHE NON SI E' RIUSCITI A CORREGGERE ATTRAVERSO L'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA

L'art. 21 octies, co. 2, della l. n. 241 del 1990 è una norma di carattere processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della l. n. 15/2005, in quanto, sancendo la non annullabilità del provvedimento, il legislatore ha inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) e i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, senza spingersi ad affermare che l'atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile (C.d.S., VI, n. 4614/2007). Errano, quindi, le amministrazioni che intendono il ripetuto art. 21-octies come introduzione della facoltà per la PA di non rispettare le regole procedurali; in tal modo, verrebbe violato il principio di legalità, mentre, al contrario, le amministrazioni non debbono tenere conto della disposizione in sede amministrativa, limitandosi ad utilizzarla in sede giurisdizionale, quando sono stati commessi degli errori e non si è riusciti a correggerli

attraverso l'esercizio del potere di autotutela. Inoltre, va tenuto conto che la disposizione si divide in 2 parti: la prima parte dell'art. 21 octies, co. 2, prevede che il provvedimento non sia annullabile quando ricorrano necessariamente tutti questi elementi: a) violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti; b) natura vincolata del provvedimento; c) essere "palese" che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La seconda parte è relativa ad un tipico vizio procedimentale (art. 7 della l. n. 241/1990: violazione dell'obbligo di avvio del procedimento) e prevede che il provvedimento non sia annullabile "qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Nel caso di specie, va verificata l'applicabilità della sola prima parte, in quanto il vizio è la violazione dell'art. 10 bis e non dell'art. 7, della l. n. 241/1990. In presenza di una istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, l'accertamento dell'insussistenza del rapporto lavorativo dichiarato può condurre al diniego, "sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio" (art. 5, co. 5, d. lgs. n. 286/1998); di conseguenza, rispetto all'accertamento dell'insussistenza del lavoro, il provvedimento di diniego non costituisce atto vincolato in relazione alla situazione esistente al momento della richiesta, potendo essere sopravvenuto un rapporto di lavoro che consenta il rilascio del permesso. Non si tratta qui di limitarsi a verificare la sussistenza di una circostanza obiettivamente ostativa (come, ad es., una condanna penale), ma di valutare un elemento su cui possono incidere le sopravvenienze e rispetto al quale l'interessato può fornire - se coinvolto in sede procedimentale - gli opportuni chiarimenti, soprattutto nei casi, come quello di specie, in cui l'Amministrazione non è in grado di rispettare i tempi procedurali (CdS, V; 256/2011).

«..... GA.....»

LA REVOCA DELL'ASSESSORE PUÒ ESSERE ADOTTATA DAL SINDACO SENZA LA COMUNICAZIONE DEL-

L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO SULLA BASE DEL VENIR MENO DEL RAPPORTO FIDUCIARIO SENZA OBBLIGO DI SPECIFICA MOTIVAZIONE

Alla luce dei dati documentali di cui innanzi, va sinteticamente richiamato l'orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, per cui, premesso che non è richiesta la comunicazione di avvio del procedimento, attesa la specifica disciplina in materia (CdS, V, 12.10.2009, n. 6253), nell'adozione dell'atto di revoca dell'incarico di assessore comunale prevalgono valutazioni tese a salvaguardare il proficuo rapporto tra la Giunta e il Consiglio comunale rispetto alle ragioni politico-personali dell'Assessore, che la legge considera recessive rispetto alle prime. L'atto può quindi senz'altro sorreggersi sulle più ampie valutazioni di opportunità politico - amministrativa rimesse in via esclusiva al primo cittadino, che può valorizzare sia esigenze di carattere generale, sia l'affievolirsi del rapporto fiduciario, senza che occorra specificare i singoli comportamenti addebitati all'interessato (TAR Lombardia, Br, II, 28.10.2010, n. 4466; CdS, V, 27.4.2010, n. 2357; TAR Sicilia, Ct, III, 22.4.2010, n. 1195; in termini v. anche TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29.11.2010, n. 7400, id. n. 7401, id. 7402, id. 20.12.2010, n. 7599).

In altri termini l'affievolirsi del rapporto fiduciario prescinde da valutazione in ordine alle capacità e ai meriti della persona, che non assumono rilevanza in fattispecie di tale natura, né generalmente, come nel caso di specie, sono poste in discussione (TAR Lombardia, Mi, 447/11).

«..... GA.....»

È PERENTORIO IL TERMINE DI 120 GIORNI, PER LA NOMINA DEL SEGRETARIO COMUNALE O PROVINCIALE, DECORRENTE DALLA PROCLAMAZIONE DEGLI ELETTI

Il Collegio non intende discostarsi dall'orientamento che su analoga questione ha espresso il Consiglio di Stato affermando che "qualora sia decorso il termine perentorio di 120 giorni, previsto dall'art. 99 d. lgs. 18.8.2000

n. 267, per l'individuazione del segretario comunale o provinciale e decorrente dalla proclamazione dell'elezione del sindaco o del presidente della provincia, il direttore generale dell'agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali non può più procedere all'assegnazione del soggetto prescelto presso l'amministrazione, pena la nullità dell'atto di nomina (CdS, V, 31.7.2006 n. 4694). III. Nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio le questioni da risolvere sono due: 1) l'individuazione del dies a quo del termine stabilito per la nomina del Segretario comunale o provinciale; 2) se il termine in questione sia, o no, perentorio e se entro il suddetto termine debba essere unicamente avviato il procedimento di nomina o se, piuttosto, debba intervenire il provvedimento di nomina propriamente detto. Ciò, in quanto, come si evince dalla narrativa in fatto del ricorso proposto dalla provincia di Sassari, il Presidente è stato proclamato eletto in data 7.6.2010 e ha prestato giuramento davanti al Consiglio provinciale in data 5.7.2010. E' agevole concludere che, se si accedesse alla tesi propugnata dall'amministrazione ricorrente, secondo cui il termine di 120 giorni per cui è causa, dovrebbe decorrere dal momento del giuramento e non da quello della proclamazione degli eletti, sarebbe d'obbligo concludere per l'illegittimità dei provvedimenti impugnati e, quindi, per l'accoglimento del ricorso. Così non è. Quanto alla prima questione è sufficiente richiamare un precedente di questo Tribunale Amministrativo Regionale secondo cui "sebbene il Testo Unico enti locali non contenga un'espressa previsione in ordine al momento in cui entra in carica il Sindaco, non è contestabile che tale organo monocratico si insedi immediatamente per effetto della proclamazione dell'avvenuta elezione consacrata nell'apposito verbale dell'ufficio elettorale centrale. Lo stesso è quindi abilitato fin dal momento della proclamazione a compiere gli atti di sua competenza, e il TUEL non contiene alcuna limitazione oggettiva della relativa attività giuridica, che può comprendere anche atti connotati da estrema urgenza, sui quali, in caso di contraria opinione, dovrebbe provvedere l'organo monocratico, ormai privo di investitura dopo la proclamazione del nuovo

Sindaco, in virtù di una inammissibile "prorogatio", in contrasto con la volontà espressa dagli elettori (TAR Sardegna Ca, II, 8.2.2007, n. 99). Tale precedente vale, naturalmente, per l'ipotesi in cui la questione riguardi un'amministrazione provinciale. Va inoltre ricordato che già prima il Supremo consesso giurisdizionale amministrativo si era espresso in tal senso (CdS V, 31.7.2006, n. 4694) precisando tra l'altro che l'art. 50, co. 11, del TUEL si riferisce unicamente alla seduta d'insediamento del Consiglio e non all'investitura del Sindaco e del Presidente della Provincia in capo ai quali, già nel pieno delle loro funzioni in occasione della prima adunanza consiliare, grava soltanto l'obbligo di prestare il giuramento di osservare lealmente la Costituzione, parametro fondamentale di ogni azione di governo. Sindaco e Presidente della Provincia, in quanto organi monocratici di vertice dell'ente, scelti direttamente dalla collettività di riferimento, entrano immediatamente in carica non appena eletti. IV. Si può quindi esaminare la seconda questione. L'art. 99 co. 3 del d. lgs. 267 del 2000 recita: "La nomina è disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco e del presidente della provincia, decorsi i quali il segretario è confermato". E' agevole desumere la perentorietà del termine in discorso dalle conseguenze derivanti dalla sua inosservanza, ossia la conferma ope legis del precedente Segretario. Il Collegio condivide appieno le argomentazioni della V Sezione del Consiglio di stato espresse nella già citata sentenza 31.7.2006, n. 4694 laddove si afferma che la perentorietà del termine prevista dall'art. 99 del TUEL è aderente alle "correlate esigenze di conferire, in linea generale, certezza ai rapporti intercorrenti tra i Segretari e gli enti locali di assegnazione e, più in particolare, di proteggere la posizione lavorativa del Segretario uscente. L'imprescindibile esigenza di accordare adeguata tutela alle aspettative personali, sociali e professionali di questa categoria di funzionari pubblici, impone un'interpretazione rigorosa del termine finale del procedimento di nomina (e dell'eventuale conferma)". Questa lettura del dato normativo è così chiara da non richiedere particolari approfondimenti. Ne consegue che è da repu-

tarsi illegittima l'individuazione intervenuta dopo lo spirare del termine perentorio di 120 giorni e che, in definitiva, non ha errato l'amministrazione intimata nell'adottare l'impugnato provvedimento di rigetto dell'assegnazione del nuovo Segretario (TAR Sardegna, 82/11).

«..... GA.....»

LA ASSOLUZIONE IN SEDE PENALE DEI CONSIGLIERI COMUNALI “PERCHÉ IL FATTO NON COSTITUISCE REATO”, NON LEGITTIMA L'ENTE AL RIMBORSO DELLE SPESE LEGALI DA QUESTI SOSTENUTE QUANDO NEI MEDESIMI FATTI È RAVVISABILE UNA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO CONTABILE

In effetti, l'art. 67 del d.P.R. 268/1987 contiene una formula più favorevole nei confronti del dipendente o amministratore locale, in quanto dispone che l'amministrazione non recuperi le spese non solo nel caso in cui lo stesso ha dimostrato di non aver agito per dolo o colpa grave, ma anche nel caso in cui non ci sia condanna che invece affermi che tale dolo o colpa grave ci sono stati. Tale favor nei confronti del dipendente o dell'amministratore dell'ente locale per converso imporrebbe, nel caso di un procedimento civile o penale che coinvolga i medesimi in relazione a fatti commessi nell'esercizio delle loro funzioni, un preventivo ruolo attivo dell'amministrazione, evitando che l'intervento ex post si risolva in un'attività di rimborso priva di limiti. E' appena il caso di ricordare che l'art. 18 della l. 21.5.1997, n. 135 prevede per i dipendenti statali il rimborso solo a seguito di sentenza “che escluda la loro responsabilità” (una formula che induce a ritenere non possibile il rimborso nell'ipotesi di assoluzione per estinzione del reato), e comunque, per quanto concerne l'entità del rimborso, solo “nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato”. Nel caso in esame non risulta che sia stata attivata in alcun modo la procedura prevista dall'art. 67 del d.P.R. 268/1987 (che, fra l'altro, deve garantire l'ente locale circa la scelta del professionista, anche in re-

lazione ai possibili oneri cui dover far poi fronte). E' anzi d'uopo sottolineare che in tale caso, considerato il tipo di reato per il quale l'amministratore dell'ente locale era chiamato a rispondere, tale procedura non risultava percorribile, emergendo manifesto quel “conflitto d'interessi” cui fa riferimento la normativa vigente.

La menzionata disciplina normativa impone all'Ente, prima di convenire di assumere a proprio carico ogni onere di difesa in un procedimento di responsabilità civile o penale aperto nei confronti di un proprio funzionario, di valutare la sussistenza delle seguenti circostanze essenziali: 1 - la necessità di tutelare i propri diritti e propri interessi e la propria immagine; 2 - la diretta connessione del contenzioso processuale alla carica espletata o all'ufficio rivestito dal pubblico funzionario; 3 - la non configurabilità di conflitto di interessi tra gli atti compiuti dal funzionario e l'ente. L'Ente medesimo è sostanzialmente tenuto a ponderare i propri interessi nel quadro del pendente procedimento giudiziario, per assicurare una buona e ragionevole amministrazione delle risorse economiche e a tutela del proprio decoro e della propria immagine.

In tale quadro, l'obbligo gravante sull'ente di assumere le spese dei procedimenti penali in cui siano implicati i propri dipendenti o amministratori è strettamente legato alla circostanza che tali procedimenti riguardano fatti ed atti in concreto imputabili non ai singoli soggetti che hanno agito per conto della PA, ma direttamente ad essa in forza del rapporto di immedesimazione organica. La ponderazione degli interessi in gioco ai fini della rimborsabilità delle spese legali ai dipendenti pubblici o amministratori deve assumere particolare rigore (cfr., in tal senso, tra le tante, CdS, V, dec. n. 2242/2000, Cass., Sez. I, sent. n. 15724/2000). Giova altresì rammentare, come correttamente evidenziato dalla parte pubblica nel corso dell'odierno dibattito, che l'assoluzione in sede penale perché il fatto non costituisce reato non equivale, assiomaticamente, a escludere che le condotte dei dipendenti non siano, comunque, in collisione con gli interessi dell'amministrazione di appartenenza. Nel caso di specie la sentenza del GUP di Viterbo che mandava assolti (perché



il fatto non costituisce reato) gli amministratori dell'ente locale inquisiti, è tale che in nessun modo è data constatarsi l'assenza del dolo o della colpa grave da parte dei consiglieri comunali: al contrario (cfr. citata sentenza penale n. 380/2005) rileva testualmente il Giudicante penale "se da un lato appare evidente l'esistenza degli altri presupposti del

delitto sia sotto il profilo oggettivo (la presenza di indubbi vantaggi patrimoniali) e soggettivo (il c.d. dolo intenzionale) e, se appaiono, altresì evidenti circostanze di fatto che avrebbero dovuto indurre gli imputati ad atteggiamenti più opportuni e ad una maggiore cautela..." (C. Conti, Lazio, 1.2.2011, n. 141).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ALBO PRETORIO *ON LINE* E DIRITTO DI ACCESSO

degli Avv.ti Antonio Cordasco e Domenico Tomassetti

Le nuove tecnologie, che hanno consentito la creazione dell'albo elettronico degli enti pubblici, possono determinare delle criticità in ordine alla individuazione delle tipologie di atti direttamente ostensibili a tutti i fruitori del web in riferimento alla normativa sul diritto di accesso ed a quella sulla *privacy* e quindi in ragione della caratteristica che la normativa in questione riveste *in subiecta materia*, su cui è doveroso soffermarsi per dare un contributo di riferimento agli operatori degli enti locali nell'ottica e nello spirito di "*servizio*" che si intende rendere con il presente lavoro.

Preliminarmente si precisa che le categorie di atti che devono essere pubblicate ed i limiti che tale pubblicazione incontra dinnanzi al generale obbligo del rispetto della riservatezza saranno affrontati in altri contributi della presente opera, pur tuttavia è comunque doverosamente necessario far riferimento a tale evenienza in questa sezione, in ragione dell'importanza che la stessa assume in materia rinviando per una più precisa e puntuale disamina sul punto ad altro articolo.

Ciò premesso è opportuno soffermarci ora sui rapporti che intercorrono tra la pubblicazione degli atti sull'albo pretorio *on line* e la normativa riguardante il diritto di accesso contenuta, principalmente (ma non esclusivamente), nelle disposizioni di cui alla l. n. 241/90 così come successivamente modificata ed integrata.

Vanno, altresì, citate le seguenti fonti normative che, comunque, informano la fattispecie: il d. lgs. n. 267/2000; il d.P.R. n. 445/2000, la l. n. 131/2003, il d. lgs. n. 196/2003; il d.P.R. n. 184/2006; la l. n. 69/2009.

In via preliminare va evidenziato che la normativa che informa i rapporti tra le pubblicazioni sull'albo pretorio *on line* ed il cd

diritto di accesso agli atti è la stessa tuttora vigente sia per l'albo che per l'accesso "*cartacei*".

Ne consegue che, paradossalmente, l'ostensibilità via *web* degli atti sull'albo pretorio, trova una limitazione (e non già un'estensione) proprio nella normativa sull'accesso ai documenti amministrativi.

Infatti il diritto di accesso, di cui all'art. 22 co. 1 l. 7.8.1990 n. 241, è strumentale alla tutela di posizioni giuridicamente rilevanti (di diritto soggettivo, di interesse legittimo, d'interesse collettivo o diffuso) e non consente istanze volte ad un controllo generalizzato dell'operato della PA.

Conseguentemente, la giurisprudenza amministrativa ha, da sempre, ritenuto "*inammissibile la domanda di accesso volta a consentire una sorta di supervisione generalizzata dell'attività amministrativa*" (cfr, *ex plurimis*, CdS, VI 10.9.2009, n. 5461).

Diretto corollario dei mentovati principi è quello che sull'albo pretorio *on line* vanno pubblicati solo gli atti che la legge o i regolamenti (dalla legge espressamente delegati) dichiarano pubblicabili.

Tutta la documentazione presupposta, connessa, consequenziale a detti atti (seppure negli stessi richiamata) non può, quindi, essere pubblicata, ma deve essere concessa in accesso esclusivamente a soggetti individuabili in ragione di un loro interesse giuridicamente rilevante.

Unica esclusione a detto principio può rinvenirsi - nei limiti dei regolamenti di accesso di cui ogni singolo ente si è dotato, ovvero si doterà - nella documentazione, citata nell'atto pubblicato, che di questo costituisce motivazione *per relationem* la quale può essere allegata al provvedimento pubblicato.

Tuttavia, va evidenziato che la giurisprudenza, mutando un precedente orientamento

più estensivo, ha recentemente chiarito che “l’art. 3, co. 3, l. 7.8.1990 n. 241, nel consentire la motivazione “per relationem”, non impone la materiale messa a disposizione o la contestuale comunicazione degli atti richiamati, essendo sufficiente l’indicazione dei medesimi atti, visto che la legge concede all’interessato la possibilità di richiederne l’accesso (cfr., *ex multis*, TAR Lombardia Mi, IV 6.7.2010, n. 2778).

Orbene, essendo i rapporti tra la pubblicazione sull’albo pretorio *on line* ed il diritto di accesso regolati dalle stesse norme esistenti l’albo cartaceo, la novità (salvi ed impregiudicati i limiti connessi alla materia trattata), potrà, piuttosto, riguardare le modalità di pratica attuazione dell’accesso *on line* che riguarderà gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli pubblicati sull’albo elettronico.

Infatti l’accesso agli atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli pubblicati sull’albo pretorio *on line* potrà essere anche gestito in via telematica, ma nel rispetto dei principi vigenti in materia, come interpretati dalla prevalente giurisprudenza.

Tali principi possono così essere riassunti:

i) l’accesso può essere consentito solo a soggetti latori di un interesse giuridicamente rilevante che è “nozione diversa e più ampia rispetto all’interesse all’impugnativa e non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con la conseguenza che la legittimazione all’accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell’accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l’autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante alla impugnativa dell’atto” (Cfr, CdS, Sez. IV, 3.8.2010, n. 5173).

ii) il diritto di accesso opera nei confronti dei documenti amministrativi da intendersi quali ogni rappresentazione grafica, foto cinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie, detenuti da una pubblica

amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, tenendo presente che “la natura privatistica di alcuni degli atti richiesti non osta al riconoscimento del diritto di accesso” ai sensi dell’ art. 22 comma 1 lett. d) della l. n. 241/90. (Cfr TAR Campania, Na, V, 7.6.2010, n. 12659).

iii) l’accesso può svolgersi in due modalità: formale (con la procedura definita dall’art. 25 della l. n. 241/90 e con le relative garanzie anche giudiziarie per il cittadino) ovvero informale (attraverso la semplice richiesta dell’interessato allo sportello dell’ufficio che conserva l’atto con la presentazione di un documento di riconoscimento; se l’ufficio ritiene che non vi sia alcun impedimento, dà visione degli atti o, eventualmente, ne fornisce copia).

iv) In tale ultimo caso, però, si deve tenere presente che “è sufficiente che in capo all’autorità adita sorgano anche semplici dubbi sull’accessibilità del documento perché il responsabile del procedimento possa invitare contestualmente il richiedente a presentare istanza formale” (cfr. CdS, V, 18.3.2004, n. 1417).

v) come già evidenziato la normativa vigente non consente istanze volte ad un controllo generalizzato dell’operato della PA, con una principale eccezione: “in materia di tutela ambientale, ai fini dell’accesso agli atti del relativo procedimento, non solo non è necessaria la puntuale indicazione degli atti richiesti, ma è sufficiente una generica richiesta di informazioni sulle condizioni di un determinato contesto per costituire in capo all’amministrazione l’obbligo di acquisire tutte le notizie relative allo stato della conservazione e della salubrità dei luoghi interessati dall’istanza, ad elaborarle e a comunicarle al richiedente”; ciò in quanto “l’art. 3, d. lgs. 19.8.2005 n. 195, con il quale è stata data attuazione alla direttiva n. 2003/4/Ce sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale, ha introdotto - come prima aveva fatto il d. lgs. 24.2.1997 n. 39 (abrogato dall’art. 12, citato d. lgs. n. 39 del 1997) - una fattispecie speciale di accesso in materia ambientale, che si connota, rispetto a quella generale prevista nella l. 241 del 1990, per due particolarità: l’estensione

del novero dei soggetti legittimati all'accesso ed il contenuto delle cognizioni accessibili. Sotto il primo profilo, l'art. 3, d. lgs. n. 195 del 2003 chiarisce che 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. Sotto il secondo profilo, 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". (cfr., TAR Lazio Roma, Sa III, 28.6.2006, n. 5272; TAR Campania Sa, VI, 21.5.2009, n. 2466).

vi) il diritto di accesso trova limiti nella normativa di tutela della riservatezza, primo fra tutti il diritto del controinteressato (cioè il soggetto che dall'esercizio del diritto di accesso vedrebbe compromesso il suo diritto alla riservatezza) ad avere notizia della istanza di accesso e ad indicare eventuali ragioni ostative all'ostensione degli atti prima che l'accesso venga concesso. Tuttavia la giurisprudenza, ormai, impone un doveroso bilanciamento tra i due diritti, attraverso la contemperazione che l'amministrazione deve fare tenendo presente, caso per caso, l'interesse alla trasparenza e quello alla privacy: *"l'accesso ad un documento amministrativo non può mai essere astrattamente negato adducendo l'esistenza di dati personali, in quanto la scelta legislativa è stata quella di imporre all'amministrazione procedente, in quanto destinataria di un'istanza di accesso, di porre in essere un vero e proprio procedimento amministrativo, al fine di operare il dovuto bilanciamento, in relazione alla concreta fattispecie, tra le esigenze di trasparenza e quelle di riservatezza, che ogni specifica istanza sottende"* (cfr., *ex plurimis*, TAR Lombardia Mi, II, 12.5.2010, n. 1464).

vii) Ulteriori casi di esclusione dall'accesso sono espressamente previsti dalla legge e si sostanziano negli atti e documenti rientranti nelle categorie generali individuate dall'art. 24, co. 1 della l. n. 241/90; in quelli dai quali possa derivare una lesione ad interessi rilevanti come individuati nel co. 6, lett. a), b), e), e) del predetto articolo; ed ovviamente negli atti contenenti informazioni assoggettate a particolari forme di tutela, in base a disposizioni di legge, tenendo però presente che la giurisprudenza è arrivata ad affermare che *"ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, le esigenze di tutela della segretezza e della riservatezza dei terzi, a cui rispondono le prescrizioni dei primi sei commi dell'art. 24 l. n. 241/1990 e dei conseguenti regolamenti attuativi, sono recessive rispetto al diritto di difesa, ma non in senso assoluto; la ratio della disposizione legislativa impone una attenta valutazione, da effettuare caso per caso, circa la stretta funzionalità dell'accesso alla salvaguardia, attraverso i limiti così imposti, degli interessi coinvolti, talvolta rispondenti a principi di pari rango costituzionale rispetto al diritto di difesa"* (cfr. TAR Campania Sa, I, 2.9.2010, n. 10674). L'accesso può essere, infine, differito limitatamente al periodo sufficiente ad assicurare una temporanea tutela degli interessi di cui all'art. 24, co. 6 della l. n. 241/90 o per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione nella fase precedente all'emanazione del provvedimento finale ed in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa. Infatti, *"il potere di differimento dell'accesso - in luogo del rigetto - è un atto dovuto in tutti i casi in cui il privato abbia diritto all'accesso, ma sia al contempo necessario assicurare una temporanea tutela agli interessi dei terzi, ovvero salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa. L'atto che dispone il differimento dell'accesso deve però specificatamente indicare "l'analitica*



*sussistenza delle predette circostanze
legittimanti e deve indicare il termine e la*

durata di tale differimento”. (cfr. TAR. Lazio
Rm, III, 7.4.2010, n. 5760).

«.....GA.....»

LA RIFORMA DEL CODICE DEL PROCESSO DIGITALE DOPO IL D. LGS. 235/2010

del Prof. Avv. Maurizio Asprone e della Dott.ssa Francesca Aiello

Con il nuovo codice dell'amministrazione digitale, entrato in vigore il 25.1.2010, le pubbliche amministrazioni saranno obbligate a dialogare tra di loro e con i cittadini in via digitale

Il codice dell'amministrazione digitale, il d. lgs. del 30.1.2010, n. 235, si inserisce nell'ambito del processo di rinnovamento della pubblica amministrazione, insieme al d. lgs. 27.10.2009, n. 150 (*"Riforma Brunetta"*) con cui si sono introdotti nella pubblica amministrazione i fondamentali principi della meritocrazia, premialità, trasparenza e responsabilizzazione dei dirigenti.

Infatti, con l'entrata in vigore del d. lgs. 235/2010 diventano operative le modifiche al CAD predisposte dal ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, che sono frutto della delega contenuta nell'art. 33 della l. 18.6.2009, n. 69, con la quale il Parlamento ha dettato i principi e i criteri direttivi per una riforma del codice dell'amministrazione digitale.

Il nuovo CAD, rinnovando il quadro normativo in materia di amministrazione digitale definito nel 2005 con il d. lgs. n. 82 (*"decreto Stanca"*, dal nome dell'ex ministro dell'innovazione) e aggiornando le regole di riferimento rispetto a un panorama tecnologico in evoluzione, obbliga tutte le pubbliche amministrazioni ad adeguarsi progressivamente al nuovo piano di *e-government* varato dal Governo, la cui piena realizzazione è prevista per il 2012.

In questa prospettiva, l'amministrazione digitale esula dal rimanere una mera dichiarazione di principio, stante che l'insieme delle innovazioni normative prospettate dal nuovo codice vanno ad incidere concretamente sui comportamenti e sulle prassi delle amministrazioni e sulla qualità dei servizi resi, rendendo così effettivi i diritti per cittadini ed imprese, cogenti gli obblighi per la pubblica amministrazione, e dando sicurezza agli operatori circa la validità, anche giuridica, dell'amministrazione digitale.

La riforma pone a suo fondamento essen-

zialmente due principi.

Il primo si riflette nella necessità di rendere effettiva la riforma attraverso l'introduzione di misure premiali e sanzionatorie che favoriscano, da una parte, le amministrazioni virtuose (anche con la possibilità di quantificare e riutilizzare i risparmi ottenuti grazie alle tecnologie digitali) e sanzionando, dall'altra, le amministrazioni inadempienti.

L'altro principio, invece, si ancora alla esigenza di una razionalizzazione dell'organizzazione della pubblica amministrazione e di una informatizzazione dei procedimenti.

I principali cambiamenti introdotti dalla riforma del CAD si possono così di seguito sintetizzare.

Con l'introduzione delle lett. *i-bis*, *i-ter*, *i-quater* e *i-quinques* nell'art. 1¹ del CAD si è messo finalmente ordine nel dibattuto concetto di copia informatica.

Partendo dall'assunto che forma *"informatica"* e contenuto del documento informatico sono due concetti da tenere distinti, si è arrivati a individuare varie categorie di copia informatica.

Ulteriore elemento distintivo è la forma originariamente assunta dal documento copia-

¹ *i-bis*) copia informatica di documento analogico: il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento analogico da cui è tratto;
i-ter) copia per immagine su supporto informatico di documento analogico: il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto;
i-quater) copia informatica di documento informatico: il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento da cui è tratto su supporto informatico con diversa sequenza di valori binari;
i-quinques) duplicato informatico: il documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario.

to.

Con il CAD è stato significativamente modificato anche il quadro delle firme elettroniche presente nel codice dell'amministrazione digitale contenuto nel d. lgs. 82/2005. Infatti, l'art. 1 del d. lgs. 235/2010, in recepimento della normativa europea contenuta nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 13.12.1999, n. 1999/937CE², ha reintrodotto il concetto di “*firma elettronica avanzata*”³, nella lett. q *bis*⁴.

Per il legislatore italiano si avranno, quindi, due tipi di firme, la firma elettronica avanzata e la firma elettronica digitale.

La prima ricomprende qualsiasi tipo di identificazione che in qualche modo consenta una qualsiasi associazione logica tra un determinato soggetto e determinati dati: da un normalissimo PIN del bancomat, alle normali credenziali di accesso costituite da nome utente e *password*. Firma e documento in ogni caso rimangono sempre entità distinte, ancorché logicamente associate.

La seconda tipologia di firma, invece, si caratterizza per il fatto di essere “*collegata ai dati*” a cui si riferisce, in modo da consentire di rilevare eventuali alterazioni successive. Firma e documento, in questo caso, quindi si fondono in un'unica entità, e vengono separa-

² Questa tipologia di firma, quindi, era già presente però, mentre il TUDA (d.P.R. 445/2000), in contrasto con la direttiva comunitaria, conferiva pieno valore, prima delle modifiche introdotte con il d.P.R. 137/2003, alla sola firma digitale, il successivo d. lgs. 10/2002, recependo in pieno la normativa, introdusse il concetto di firma elettronica avanzata. Sia il TUDA, per la parte relativa alle firme elettroniche, che il d.lgs. 10/2002 sono stati poi abrogati dal d. lgs. 82/2005.

³ Si tratta di una delle due tipologie previste in Europa assieme alla firma elettronica semplice che era già stata introdotta nel nostro ordinamento dall'abrogato d. lgs. 10.1.2002, n. 10 anche se poi era stata confermata nel regolamento emanato con d.P.R. 7.4.2003, n. 137, tutt'ora vigente.

⁴ q-bis) *firma elettronica avanzata: insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati.*

te solo al momento della verifica della firma.

Nella novella legislativa tuttavia il *genus* di firma “*avanzata*” viene ora suddiviso in due *species*: la firma elettronica “*qualificata*” e la firma “*digitale*”, che vengono ridefinite e ricondotte entrambe al più ampio *genus*, appunto, della firma elettronica avanzata⁵.

Perciò, con l'introduzione della firma elettronica avanzata si ha ora, finalmente, un quadro completo di firme elettroniche che tiene conto delle differenti soluzioni tecnologiche utilizzabili ai fini di garantire la corretta associazione di un documento ad un soggetto e l'integrità del documento stesso.

E ancora.

Con la modifica degli artt. 20 e seguenti del CAD è stata rivista la sistematica complessiva delle norme relative al valore giuridico e probatorio del documento informatico e delle sue copie, prendendo in considerazione le modifiche dell'art. 1 relative alle copie informatiche dei documenti e alla firma elettronica avanzata.

L'idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta e il valore probatorio del documento informatico sottoscritto con firma elettronica “*semplice*” restano sempre liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immutabilità del documento, mentre il successivo richiamo alle regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 71 viene allargato anche alla firma elettronica avanzata.

Proprio la necessità di aggiungere, accanto alla firma elettronica qualificata e alla firma digitale, la “*nuova*” firma elettronica avanzata ha dettato le modifiche dell'art. 21, che parifica le tre tipologie di firma relativamente al loro valore giuridico, stabilendo che solo per le scritture private di cui all'art. 1350 (co. 1 numeri 1-12) del codice civile è necessario ricorrere a una firma elettronica qualificata o alla firma digitale.

Il nuovo art. 22, prevede, poi, grosse modifiche nell'assetto normativo relativo al va-

⁵ Si precisa che la firma elettronica avanzata non potrà essere utilizzata per la sottoscrizione degli atti aventi ad oggetto beni immobili (art. 1350 c.c., nn. 1-12). In questi casi, viene obbligatoriamente richiesta la firma elettronica qualificata o la firma digitale (Art. 21 co. 2 bis, CAD).

lore giuridico di copie informatiche di documenti analogici.

Viene eliminata la figura del “*detentore*” e tutta la materia viene riequilibrata rispetto alle regole del codice civile che regolano le copie analogiche.

L'attuale assetto normativo prevede, infatti, che le copie informatiche di atti pubblici, scritture private e documenti in genere, compresi atti e documenti amministrativi, spedite o rilasciate dai depositari pubblici autorizzati e dai pubblici ufficiali, abbiano la stessa efficacia degli originali analogici da cui sono tratte, purché ad esse sia apposta o associata una firma digitale o altra firma elettronica qualificata da parte di colui che li spedisce o li rilascia, richiamando espressamente gli artt. 2714 e 2715 del codice civile.

Le copie per immagine di documenti analogici non depositati hanno, invece, la stessa efficacia degli originali da cui sono tratte solo se la loro conformità all'originale è attestata da un notaio o altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

In assenza di tale attestazione, tali copie per immagine avranno comunque, come le copie analogiche efficacia probatoria pari agli originali da cui sono tratte, a meno che non siano disconosciute.

Le copie immagine formate nei modi appena richiamati, e comunque sempre nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 71 del CAD, sono idonee anche ad assolvere gli obblighi di conservazione previsti per legge.

Per la distruzione degli originali, però, nel caso di documenti unici, si dovrà comunque attendere ancora un decreto che, sulla base di ragioni di ordine pubblicistico, individui categorie di documenti per i quali sarà obbligatoria la conservazione dell'originale analogico (art. 22 CAD).

Per quanto riguarda le copie analogiche di documenti informatici, l'art. 23 riconosce loro la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono tratte, a meno che la loro conformità non sia espressamente disconosciuta.

Al fine di evitare il rischio del disconoscimento in giudizio, si potrà richiedere ad un pubblico ufficiale a ciò autorizzato un'attestazione della loro conformità, in ogni loro

componente, all'originale da cui sono tratte.

Il successivo art. 23 *bis* stabilisce che, per ottenere duplicati informatici aventi lo stesso valore giuridico degli originali da cui sono tratti, basterà rispettare le regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 71 del CAD. Relativamente alle copie informatiche e agli estratti di documenti informatici sarà, invece, necessario ricorrere ad un pubblico ufficiale qualora si voglia evitare il rischio di un loro disconoscimento in giudizio. Interessanti sono poi le novità in tema di documento informatico contenute nel nuovo art. 23 *ter*.

Per le copie informatiche di tali documenti, originariamente analogici, sarà necessaria un'attestazione di conformità rilasciata da un funzionario a ciò autorizzato.

Per le copie analogiche di documenti informatici, invece, viene introdotto il Timbro Digitale, ovvero un contrassegno generato elettronicamente e apposto in fase di stampa che consente la verifica automatica della conformità del documento analogico a quello informatico. Infine, 23 *quater* conferma la modifica dell'art. 2712 c.c., inserendo nel novero delle riproduzioni meccaniche anche quelle informatiche.

Il d. lgs. 235/2010 ha introdotto alcune interessanti modifiche anche in tema di conservazione digitale.

La gestione della conservazione dei documenti e del relativo processo è affidata ad un Responsabile della conservazione che si può avvalere di soggetti pubblici o privati che offrono idonee garanzie (artt. 43-44 *bis*).

Ogni responsabile della conservazione dei documenti negli uffici pubblici può certificare il processo di digitalizzazione e di conservazione servendosi, se lo ritiene opportuno, di Conservatori accreditati.

La norma, infatti, introduce la figura dei Conservatori accreditati, cioè soggetti che ottengono da DigitPA il riconoscimento del possesso dei requisiti di sicurezza e affidabilità per effettuare il processo e la conservazione dei documenti informatici.

Inoltre, sempre al fine di garantire la sicurezza e l'efficienza del nuovo sistema digitale, il nuovo CAD contiene disposizioni importanti sia sulla continuità operativa (art. 50 *bis*), sia sul *disaster recovery* (art. 52).

Infatti, è previsto che le pubbliche amministrazioni dovranno predisporre appositi piani di emergenza idonei ad assicurare, in caso di eventi disastrosi, la continuità delle operazioni indispensabili a fornire i servizi e il ritorno alla normale operatività.

È altresì rilevante sotto il profilo delle novità introdotte dal CAD menzionare l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di utilizzare la posta elettronica certificata (PEC) per tutte le comunicazioni in cui sia necessaria una ricevuta di invio e una di consegna con i soggetti interessati che ne fanno richiesta e che hanno preventivamente dichiarato il proprio indirizzo di posta elettronica certificata.

La comunicazione alla pubblica amministrazione del proprio indirizzo di posta elettronica certificata, comporta due ordini di conseguenze.

In primo luogo essa costituisce espressa accettazione del dichiarante dell'invio degli atti e documenti che lo riguardano da parte dell'amministrazione.

In secondo luogo comporta un vincolo, solo per il soggetto a ricevere tali atti, di cui è necessaria la conferma di avvenuta consegna

e ricezione presso quella casella di posta.

Inoltre, al fine di razionalizzare e uniformare il sistema di consultazione degli indirizzi di posta elettronica viene disposta l'emanazione di un apposito regolamento da parte del Digit PA, sentito il Garante *privacy*.

Pertanto, l'unica vera novità è l'equiparazione dell'invio tramite PEC alla notificazione per mezzo della posta "*salvo che la legge disponga altrimenti*" e non più nei soli casi previsti dalla legge.

Infine, con la modifica dell'art. 65 del CAD si riconosce la Posta Elettronica Certificata come valido sistema di presentazione telematica di istanze e dichiarazioni alla PA: le istanze saranno valide, però, solo ove le credenziali di accesso alle PEC siano state rilasciate previa identificazione del titolare e ciò sia attestato dal Gestore di PEC nel corpo del messaggio o in un apposito allegato. La precedente formulazione della lett. *c bis*), del co. 1 dell'art. 65 del CAD, invece, faceva riferimento alle sole istanze inviate tramite la posta elettronica certificata rilasciati gratuitamente dalla PA ai cittadini ai sensi dell'art. 16 della l. 2/2009 (la cosiddetta CECPAC).

«.....GA.....»

LE PIÙ RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI ENERGIA NUCLEARE E LA NECESSITÀ DI UN CONFRONTO PUBBLICO

della Dott.ssa Valeria De Santis

La scelta del Governo in materia energetica ha provocato la reazione delle regioni e dei cittadini in ordine all'opportunità di consentire il ritorno alla produzione di energia nucleare nel nostro Paese

1. L'inquadramento della materia energia nucleare.

La scelta del 'ritorno' al nucleare¹, operata dall'attuale Governo con la legge di delega n. 99/2009 e attuata con il d. lgs. n. 31/2010, ha sollevato la radicale opposizione delle regioni, scatenando un conflitto giocato a colpi di ricorsi sui quali la Corte costituzionale si è espressa con tre recenti pronunce.

Negli ultimi due anni diverse regioni hanno impugnato la legge di delega n. 99/2009, il relativo decreto di attuazione n. 31/2010, e hanno tentato di paralizzare gli effetti della delega introducendo una disciplina *ad hoc* intenta a precludere il nucleare nel territorio regionale.

Su quest'ultimo aspetto la C. cost. - chiamata dal Governo a pronunciarsi - è intervenuta con la sent. n. 331/2010, mentre sull'impugnazione della legge di delega n. 99/2009 e del relativo decreto di attuazione, si è rispettivamente pronunciata con le sentenze nn. 278/2010 e 33/2011.

Le pronunce della Corte mettono fine, per ora, solo alla conflittualità tra Stato e regioni ma la vicenda relativa al nucleare non è affatto chiusa ed è destinata a riproporsi a livello nazionale, coinvolgendo tutti i cittadini elettori chiamati al *referendum* sul nucleare di recente dichiarato ammissibile dalla sent. n. 28/2011.

Al fine di ripercorrere le vicende del conflitto tra Stato e regioni in materia di nucleare conviene analizzare cronologicamente le pro-

nunce della Corte soffermandosi, data la complessità delle questioni sollevate, su alcuni aspetti relativi al nucleare: la collocazione dell' "energia nucleare" e il valore attribuito al principio della leale collaborazione nella disciplina di tale materia, tralasciando le pur rilevanti questioni sorte in relazione al procedimento di adozione del decreto delegato n. 31/2010².

La Corte nella sent. 278/2010, prima di entrare nello specifico, riprende i due principi - ormai consolidati nella giurisprudenza costituzionale - della concorrenza delle competenze e dell'attrazione in sussidiarietà.

Il primo è determinato da quei «*fenomeni sociali*» complessi che esprimono una fitta rete di relazioni in cui è difficile individuare un interesse prevalente.

In tali casi, la confluenza di interessi distinti si riparte lungo «*l'asse delle competenze*» legislative statali e regionali (punto 12 del Considerato in diritto), provocando la «*concorrenza di competenze*»³.

Questo fenomeno impone al legislatore statale di predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle regioni in modo da salvaguardare le loro competenze⁴.

Il secondo principio, elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, consiste nella chiamata in sussidiarietà che - come è noto - consente allo Stato di disciplinare una funzione amministrativa anche quando la materia rientri nei settori di competenza concor-

¹ L. AMMANNATI, A. SPINA, *Il 'ritorno' al nucleare. Il contesto regolatorio e l'Agenzia per la sicurezza nucleare*, in *Amministrare*, 2009, 231 e ss., evidenziano in modo accurato il complesso panorama normativo in cui si inserisce la delega legislativa contenuta nella l. n. 99/2009.

² Sul punto in part. A. DANESI, *La Corte alle prese con una nuova declinazione del principio di leale collaborazione: la collaborazione "irrituale" (note a prima lettura a margine di Corte cost., sent. n. 33/2011)*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2011.

³ La Corte si rifà alla sent. n. 50/2005.

⁴ In tal senso C. cost., sentt. nn. 218/2005 e 88/2009.

rente o residuale.

Lo Stato può attribuire funzioni amministrative a livello centrale e, al contempo, regolarne l'esercizio nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e, soprattutto, garantendo adeguati meccanismi di cooperazione.

In questo caso, quindi, l'esercizio della funzione legislativa statale deve conferire adeguato rilievo alle intese che devono essere conseguite nel rispetto del principio di leale collaborazione⁵.

Dopo questa premessa la Corte, respingendo nettamente l'impostazione dell'avvocatura, afferma che l'energia nucleare rientra nell'ambito delle materie di competenza concorrente.

La Corte precisa che la materia energia nucleare costituisce competenza concorrente in quanto né l'art. 117, co. 3 né, tanto meno, la legislazione ordinaria operano distinzioni tra il settore energetico e quello nucleare.

La competenza concorrente in materia di «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» deve essere interpretata in senso non formale ed inclusivo di tutto il settore energetico⁶.

Non merita, quindi, accoglimento la ricostruzione operata dall'Avvocatura dello Stato che ha tentato di ricondurre la materia dell'energia nucleare a diversi titoli di competenza esclusiva dello Stato, come «*il cambiamento climatico e la competitività del sistema produttivo*».

Per la prima volta la Corte ha avuto la possibilità di chiarire esplicitamente che la materia del nucleare non è appannaggio di scelte adottate in via esclusiva dallo Stato, ma costituisce un settore in cui la disciplina statale si deve limitare ad adottare i principi fondamentali.

D'altra parte, una volta inquadrata l'energia nucleare nell'ambito della competenza concorrente, la Corte non può fare a meno di evidenziare come un organico intervento nel settore della produzione dell'energia nucleare abbracci interessi ulteriori che

possono essere ascritti a settori tanto di competenza concorrente (governo del territorio, tutela della salute) quanto esclusiva dello Stato (tutela dell'ambiente).

All'interno del vasto settore della produzione dell'energia nucleare la Corte opera una distinzione, individuando ambiti di competenza differenziata.

Nello specifico, la disciplina statale che fissa i livelli di sicurezza in relazione alle scelte di localizzazione ed ai criteri di insediamento, costruzione e produzione degli impianti nucleari rientra nell'ambito delle competenze concorrenti.

Al contrario, tutto ciò che ha per oggetto la messa in sicurezza e lo smaltimento dei rifiuti radioattivi, nonché lo smantellamento degli impianti nucleari rientra nella competenza esclusiva di tutela dell'ambiente che lo Stato deve esercitare tenendo conto della convergente competenza concorrente in materia di governo del territorio⁷ e nel rispetto, quindi, del principio di leale collaborazione.

Travalica i limiti della materia energetica anche la dichiarazione dei siti e delle aree di interesse strategico nazionale, le quali sono sottoposte a speciali forme di vigilanza e di protezione, al fine di garantire la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza (art. 117, co.2°, lett. h)).

In definitiva la Corte esclude che la materia del nucleare possa essere in qualche modo attratta ad un settore di competenza statale esclusiva.

Tuttavia la Corte rileva che un intervento organico di "ritorno" al nucleare implica una serie di scelte che incidono su diversi ambiti di competenza legislativa concorrente ed esclusiva in cui il necessario intervento normativo statale deve essere esercitato nel rigoroso rispetto del principio della leale collaborazione.

2. Il rispetto del principio di leale collaborazione nella legge di delega.

Una volta chiarito che un intervento organico in materia di energia nucleare tocca diversi titoli di competenza legislativa statale esclusi-

⁵ C.cost., Sentt. nn. 303/2003 e 6/2004.

⁶ Sul punto S. da EMPOLI – A. STERPA, *La Corte costituzionale ed il federalismo energetico*, in www.federalismi.it, n. 3/2004.

⁷ Sul punto la Corte si è già pronunciata con le sentt. nn. 62/2005 e 247/2006.

siva (sicurezza e tutela ambientale) e concorrente (energia, governo del territorio e tutela della salute), la Corte viene chiamata a pronunciarsi sul rispetto del principio di leale collaborazione.

In particolare, per quanto qui interessa, la Corte si sofferma sulla legittimità del procedimento di autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica nucleare, per la messa in sicurezza dei rifiuti o per lo smaltimento di impianti nucleari (art. 25, co. 2, lett. g) e h)) rilasciata dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa intesa con la Conferenza unificata.

Le regioni ricorrenti contestano l'accentramento della procedura di autorizzazione in capo allo Stato e giudicano insufficiente l'intesa con la Conferenza unificata che non potrebbe surrogare l'intesa con la singola regione interessata.

Si contesta la mancanza di un'intesa forte che, parificando la posizione di Stato e regioni, potrebbe conferire una posizione effettivamente differenziata a quelle regioni interessate alla localizzazione.

La Corte dichiara la questione inammissibile ma, al contempo, fornisce un'interpretazione della disciplina oggetto del contenzioso che indirettamente conferma l'assunto delle ricorrenti⁸. Il giudice delle leggi afferma che le regioni muovono da una erronea premessa secondo la quale le disposizioni impugnate escluderebbero l'intesa con la regione interessata alla localizzazione del sito nucleare. Il silenzio del legislatore non può più essere interpretato in questo senso: l'interpretazione costituzionalmente orientata della delega richiede, al contrario, di ritenere che il coinvolgimento delle regioni si «*imponesse con forza immediata e diretta al legislatore*

⁸ M. MONSERRATO, *Corte cost., sentenza 23.7.2010, n. 278: guida alla lettura*, in www.federalismi.it, n.15/2010, 1, osserva come la pronuncia sia a «*metà strada fra le sentenze interpretative di rigetto e i "moniti" al legislatore*», «*sicché dietro l'aspetto solo formalmente negativo si cela in più punti il sostanziale accoglimento delle istanze rappresentate dalle regioni*».

re delegato, ove intenda esercitare la funzione legislativa»⁹. Secondo la Consulta la delega non può essere interpretata nel senso di escludere l'intesa con la regione interessata, al contrario, un'interpretazione costituzionalmente conforme della delega richiede un'integrazione in questo senso.

Viene ribadito il principio secondo il quale, in conseguenza dell'attrazione in sussidiarietà o in caso di intersezione di competenze, le regioni devono recuperare un margine di autonomia mediante il loro diretto coinvolgimento¹⁰.

Anche in assenza di un'esplicita indicazione legislativa, la compressione delle competenze regionali può avvenire solo a condizione che si accompagni alla previsione di un'intesa in sede di esercizio della funzione. L'intesa legittima la chiamata in sussidiarietà e la «*connessione*» tra materie, in virtù di un principio che si impone direttamente al legislatore delegato.

3 ... e nel decreto legislativo.

L'esercizio della delega (contenuta nella l. n. 99/2009) è avvenuto con l'adozione del d. lgs. 31 del 2010 che, impugnato da diverse regioni, con la sent. della C. cost. 33/2011 è stato ritenuto - come si vedrà di seguito - complessivamente rispettoso del principio della leale collaborazione.

Le numerose regioni ricorrenti lamentavano l'assenza, nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari, dell'intesa con la singola regione interessata. Il decreto richiede, al contrario, la sola acquisizione del parere delle Conferenze unificate (art. 4).

In realtà l'intesa con la regione interessata è richiesta in una fase precedente: l'individuazione delle aree potenzialmente destinate alla localizzazione degli impianti, ovvero, più precisamente, la definizione per decreto dei siti certificati dichiarati di interesse strategico

⁹ Punto n. 13 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Nello specifico il principio, ormai consolidato, è stato per la prima volta affermato nel caso di attrazione in sussidiarietà nelle sentt. nn.: 303/2003; 6/2004; 383 e 62/2005. Nel caso di connessione tra materie, invece, il principio era già stato espresso dalla Corte nelle sentt. nn.: 422/2002; 39 e 308/2003.

regionale.

Anche se la delega prevedeva un unico procedimento (art. 25, co. 2, lett. h)), il decreto suddivide la procedura di autorizzazione in due momenti: la certificazione dei siti e l'autorizzazione dell'impianto vera e propria¹¹.

La complessa procedura descritta agli artt. 8 e seguenti del d. lgs. prevede che il Ministro dello sviluppo economico sottoponga ciascun sito che abbia determinati requisiti tecnici, all'intesa con la regione interessata. Successivamente il Ministro sottopone alla Conferenza unificata l'elenco dei siti certificati sui quali è stata espressa l'intesa con la singola regione interessata.

Nel caso in cui l'intesa non venga raggiunta - ai sensi dell'art. 11, co. 6 - si provvede alla costituzione di un comitato interistituzionale, composto in modo da assicurare la paritaria rappresentanza ministeriale e regionale. Qualora il comitato non si riesca a costituire, ovvero, esso non pervenga alla definizione dell'intesa - entro sessanta giorni successivi alla sua costituzione - si provvede all'intesa con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, integrato con la partecipazione del Presidente della regione interessata.

Acquisita l'intesa e adottato il decreto di approvazione dell'elenco dei siti certificati, ciascun sito certificato è dichiarato di interesse strategico nazionale e il diritto di svolgere le attività in oggetto è conferito all'operatore richiedente in via esclusiva.

Una procedura simile è prevista anche dall'art. 27 del decreto per le procedure di localizzazione, costruzione ed esercizio del deposito nazionale destinato allo smaltimento dei rifiuti nucleari.

Quindi, la disciplina contenuta nel decreto legislativo prevede la necessità dell'intesa con la regione interessata nel momento in cui, per decreto, si individuano le aree che hanno le caratteristiche tecniche per diventare aree

¹¹ A. DI MARTINO - A. SILEO, *L'Italia torna al nucleare? Alla Corte costituzionale l'«ardua» sentenza. Brevi considerazioni sul d. lgs. n. 31/2010, in attesa di responso della Consulta*, in www.ambientediritto.it, evidenziano che due procedimenti distinti non fanno che duplicare i tempi per ottenere l'autorizzazione.

di interesse strategico dove possono essere localizzati gli impianti nucleari o di smaltimento. Ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica, l'interesse di tutte le regioni alla localizzazione di ogni impianto nucleare giustifica la previsione dell'intesa in seno alla Conferenza unificata, quale sede privilegiata della manifestazione delle istanze di tutti i livelli di governo coinvolti (6.2.3. del *Considerato in diritto*).

Appare chiaro che il meccanismo realmente concertativo appartenga alla fase anteriore della certificazione dei siti attraverso l'intesa con ciascuna regione interessata. La previsione di una successiva ulteriore intesa anche nella fase di rilascio dell'autorizzazione, come le regioni ricorrenti proponevano, risulta del tutto sproporzionata rispetto alle esigenze di partecipazione e di leale collaborazione.

Secondo la Corte, la procedura prevista dal decreto garantisce a sufficienza l'intervento regionale; tuttavia, ritiene necessario che, nella fase dell'effettivo rilascio dell'autorizzazione e prima dell'intesa con la Conferenza unificata, la regione interessata possa esprimere il proprio parere in ordine al rilascio dell'autorizzazione per la costruzione degli impianti nucleari.

La disposizione impugnata - l'art. 4 del decreto - pertanto è incostituzionale solo nella parte in cui non prevede che la regione interessata possa esprimere il parere obbligatorio, seppur non vincolante, per chiarire la propria posizione definitiva e distinta rispetto alle determinazioni assunte in sede di Conferenza unificata.

Nella fase di definizione dei siti strategici il principio di leale collaborazione è rispettato mediante la previsione della duplice intesa della Conferenza unificata e di ogni regione interessata¹².

Tecnicamente non si tratta di intesa forte che, come è noto, è caratterizzata dalla piena parità della posizione delle parti e che, di conseguenza, implica un chiaro rischio di paralisi istituzionale¹³.

¹² S. DA EMPOLI - A. STERPA, *La Corte costituzionale ed il federalismo energetico*, cit., 3.

¹³ Anche nella giurisprudenza costituzionale (antecedente e successiva alla riforma del Titolo V) il termine di intesa reca con se un ampio margine di ambiguità, in

La procedura prevista dal decreto rispetta, al contrario, l'esigenza di garantire tempi certi per l'adozione dell'atto e un'adeguata partecipazione regionale. Il modello di riferimento è, di necessità, l'intesa debole in cui, fallita una prima fase di trattative, la decisione passa ad una delle due parti che - trascorso un certo termine e motivando in ordine al mancato raggiungimento dell'intesa - adotta la decisione¹⁴.

L'unico modo per impedire la paralisi istituzionale è conferire ad una delle due parti una posizione prevalente che, di fatto, le consente di decidere unilateralmente¹⁵. In questa prospettiva, la procedura prevista dal decreto pare essere quella più conforme alla necessità di arrivare comunque ad una decisione - evitando l'*impasse* - e garantire, al contempo, il più ampio rispetto della parità della posizione delle parti.

Esperito il tentativo di raggiungere l'intesa con la regione, è prevista la costituzione di un comitato composto in modo paritario che, entro termini certi, deve tentare di trovare un accordo tra le parti. Solamente nel caso in cui il comitato fallisca, la decisione verrà presa in modo unilaterale con decreto presidenziale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, integrato con la partecipazione del Presidente della regione interessata. Il procedi-

ogni caso la Corte ha avuto modo di chiarire che l'intesa "*forte*" si ha nel caso in cui «*il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento*», sent. n. 6/2004 (punto 7 del Considerato in diritto). Per una completa ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema delle intese: S. AGOSTA, *Dall'intesa in senso debole alla leale collaborazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in www.federalismi.it, n.6/2004. Sulla sent. C.cost. 6/2004, Id., *La Corte costituzionale dà finalmente la... "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁴ In part.: M. JACOMETTI, *La Corte costituzionale e l'inesistenza di una nozione unitaria di intesa*, in *Regioni*, 1992, 95 e ss.

¹⁵ Sul punto in generale cfr. almeno: A. COSTANZO, *Aspetti problematici delle intese tra Stato e Regioni*, in *Dir. soc.*, 1983, 447 e ss.; A. D'ATENA, *Sulle pretese differenze tra intese «deboli» e pareri, nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1991, 3908 e ss.

mento garantisce termini certi per l'adozione dell'atto e, al contempo, consente il più possibile «*il mantenimento di una posizione effettivamente paritaria per tutti i soggetti portatori di interessi costituzionalmente rilevanti*»¹⁶.

Una volta garantita con tale procedura la partecipazione regionale, è evidente che nella fase successiva di rilascio dell'autorizzazione ben possa essere prevista la necessità di un mero parere non vincolante, utile a ribadire in via definitiva la posizione della regione interessata.

Sotto il profilo giuridico, la disciplina in esame è opportuna e tecnicamente ineccepibile in quanto conforme al principio della leale collaborazione, così come interpretato da costante giurisprudenza costituzionale¹⁷.

Resta, invece, da valutare se politicamente l'adozione della legge delega, e del relativo decreto di attuazione, abbiano seguito vie altrettanto soddisfacenti ed adeguate alla rilevanza del settore che sono chiamati a disciplinare.

4. L'attacco delle regioni al nucleare.

Come anticipato in apertura di queste brevi note, l'attacco regionale al nucleare si è svolto su due fronti: l'impugnazione regionale della legge delega n. 99/2009 e del relativo decreto di attuazione d. lgs. n. 31/2010 (di cui ci si è occupati nei precedenti paragrafi) e l'intervento legislativo regionale diretto a rendere inefficace la legislazione statale sul proprio territorio.

Su quest'ultimo aspetto la C. cost. si è

¹⁶ M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della «codecisione paritaria» evitandone gli effetti perversi*, in *Regioni*, 2004, p. 1053.

¹⁷ *Ex multis* cfr. sentt. nn.: 303/2003; 6/2004; 50 e 378/2005; 31 e 213/2006; 88/2009. L. AMMANNATI, M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d.lgs. 31/2010*, si può leggere in www.astrid-online.it, 23, evidenziano come l'articolato meccanismo codecisorio introdotto dal d. lgs. 31/2010 pare essere stato introdotto dal legislatore delegato proprio al fine di salvaguardare gli interessi regionali e superare il vaglio di costituzionalità. La disciplina contenuta nel decreto - sottolineano le AA. - «*corregge il tiro*» rispetto alla l. n. 99/2009 che non prevedeva, almeno in modo esplicito, la necessità di un meccanismo di codecisione paritaria.

pronunciata con la sentenza n. 331/2010.

Oggetto del ricorso governativo è costituito dalle discipline delle regioni Basilicata (l. n. 1/2010), Campania (l. n. 2/2010) e Puglia (l. n.30/2009) le quali interdicono il nucleare nel territorio regionale, salvo la previa intesa con lo Stato in merito alla localizzazione degli impianti di produzione di energia nucleare, di fabbricazione, di stoccaggio del combustibile irraggiato e di depositi di materiali e di rifiuti radioattivi.

La disciplina regionale in oggetto riproduce, solo in parte, il contenuto di analoghe disposizioni regionali finalizzate a precludere la presenza sul territorio di materiali nucleari e già cadute sotto il vaglio del giudice delle leggi (sentt. nn.: 247/2006; 62/2005)¹⁸.

Le disposizioni impugnate non introducono una preclusione assoluta alla presenza del nucleare (impianti, depositi e rifiuti radioattivi), ma la subordinano al raggiungimento di un'intesa con lo Stato.

Come prevedibile, dopo aver ricordato che il settore dell'energia nucleare abbraccia diversi settori di competenza, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali in quanto disciplinare le forme di collaborazione e l'intesa spetta al legislatore statale, sia nel caso in cui si trovi a dettare una disciplina esaustiva in materia di tutela dell'ambiente, sia quando la legge statale si debba limitare a fissare i principi fondamentali come avviene nel caso dell'energia (punto 7 del *Considerato in diritto*). Il carattere costituzionalmente dovuto dell'intesa (sent. 278/2010) non autorizza le regioni a disciplinare l'adozione: spetta al legislatore statale indicare le forme più idonee di coinvolgimento delle Regioni in virtù della propria competenza in materia di tutela dell'ambiente e di tutela della sicurezza nazionale.

La regioni non possono paralizzare l'applicazione della legge statale nel proprio territorio anche in considerazione del carattere evidentemente ultraregionale dalla materia energia nucleare. La Corte ribadisce che la regione non si può sottrarre «*in modo unilaterale al sacrificio*» che potrà derivare dal suo

¹⁸ In part. si veda G. MANFREDI, *La Corte costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 543 e ss.

impiego in quanto questa alternativa sarebbe in contrasto con i «*doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale*» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

5. La reazione pubblica rispetto all'opzione nucleare.

Dal punto di vista giuridico, le tre sentenze finora prese in esame mettono dei punti fermi di estremo interesse.

Prima di tutto la collocazione del settore nucleare nell'ambito della competenza concorrente: per la prima volta il giudice delle leggi ha l'occasione di chiarire in modo esplicito che la materia dell'energia di cui al co. 3 dell'art. 117 cost. comprende anche l'energia nucleare.

Anche se un intervento organico in materia di nucleare coinvolge diversi interessi che si possono ascrivere a settori di competenza sia statale che regionale, la Corte non conferisce prevalenza agli interessi statali esclusivi come la tutela dell'ambiente o la sicurezza nazionale. Probabilmente la Corte - in virtù del concorso delle competenze e in base alla chiamata in sussidiarietà - non avrebbe avuto grandi difficoltà ad attrarre alla competenza esclusiva statale la materia dell'energia nucleare.

Al contrario, il giudice delle leggi sceglie correttamente di differenziare la competenza concorrente in materia di energia nucleare, rispetto ai singoli aspetti che vengono sollecitati da un organico intervento di disciplina del processo di produzione dell'energia nucleare. Pertanto, in materia di nucleare, lo Stato si deve limitare a fissare i principi fondamentali e il prevalente intervento statale deve essere circoscritto esclusivamente agli aspetti della disciplina della materia che incidono su altri settori di competenza statale esclusiva.

In secondo luogo, la Corte ribadisce il ruolo centrale del rispetto del principio della leale collaborazione, affermando che l'intesa costituisce un dovere che in base alla Costituzione si impone direttamente al legislatore statale nei casi di sovrapposizione di competenze o di chiamata in sussidiarietà.

Da un punto di vista politico, invece, emerge che se la disciplina statale sul nucleare è rispettosa del principio della leale collaborazione, non lo è, invece, il procedimento che

ha portato alla scelta del nucleare. Lo dimostra l'opposizione regionale che, ancora una volta, si è espressa con il vano tentativo di limitare l'applicazione della disciplina statale nell'ambito del proprio territorio.

L'intervento legislativo regionale ha infatti un chiaro valore di contestazione, essendo evidentemente priva di fondamento giuridico la pretesa di vietare nel territorio regionale l'installazione di impianti di produzione di energia nucleare.

Del resto, l'esigenza di aprire un dibattito più ampio sulla scelta nucleare si è imposto al Governo con la richiesta del *referendum*, recentemente dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la sent. n. 28/2011¹⁹.

I cittadini saranno chiamati al voto su una molteplicità di disposizioni e frammenti di disposizioni che disciplinano la costruzione e l'esercizio di nuove centrali nucleari per la produzione di energia elettrica.

La Corte ha dichiarato ammissibile il *referendum* non trattandosi di una materia avocata alla competenza comunitaria. La normativa comunitaria lascia alla discrezionalità di ogni Stato la scelta in ordine a quali tipi di energia produrre, solo una volta che il legislatore statale abbia optato per l'energia atomica la disciplina comunitaria impone misure e *standard* per la protezione dell'ambiente e della popolazione (dir. 2009/71/EURATOM, punto 5 del *Considerando*). Anche il Trattato di Lisbona al Titolo XXI, dedicato all'«Energia», all'art.194, par. 2, stabilisce che le competenze dell'Unione in materia energetica non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, sulla scelta tra varie fonti energetiche e sulla struttura generale del suo approvvigionamento energetico.

Anche se il Trattato prevede la possibilità di interventi in materia di politica energetica, in grado di incidere sulle scelte degli Stati membri (art. 192, par. 2, lett. c)), finora misure del genere non sono mai state adottate.

Di conseguenza, la discrezionalità di cia-

¹⁹ La Corte ha dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo su un pluralità di disposizioni legislative tutte in materia di nucleare: il d.l. 112/2008 (convertito in l. n. 133/2008); la l. 99/2009, il d. lgs. 104/2010 e il d. lgs. 31/2010.

scuno Stato membro dell'Unione, in ordine alla scelta di realizzare o meno impianti per la produzione di energia nucleare, rimane piena (punto 3.1. del *Considerato in diritto*).

Tutta la vicenda dimostra come la questione del ritorno al nucleare - cui i cittadini vengono di nuovo chiamati a pronunciarsi dopo ventiquattro anni - non può essere affidata alle maggioranze politiche²⁰. L'opzione del *referendum* costituisce una reazione, relativamente utile, rispetto alla totale assenza di meccanismi decisionali che possano coinvolgere l'opinione pubblica su un tema che richiede delle valutazioni non solo politiche, economiche e tecniche, ma anche «etiche».

La mancanza di attenzione rispetto al confronto pubblico emerge anche da altre disposizioni normative.

L'art. 31 del d. lgs. 31/2010 prevede di attivare una «campagna di informazione» che, coinvolgendo in una procedura piuttosto farraginosa molteplici organismi e amministrazioni²¹, dovrebbe avere la funzione di infor-

²⁰ R. BIFULCO, *L'energia nucleare tra Stato e Regioni (e discorso pubblico)*, in questa *Rivista*, n. 3/2010, 20.

²¹ Il 1° co. dell'art. 31 stabilisce che il Ministero dello sviluppo economico, sentito il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, promuove un programma per la definizione e la realizzazione di una «Campagna di informazione nazionale in materia di produzione di energia elettrica da fonte nucleare», avvalendosi, nell'ambito delle risorse di bilancio disponibili allo scopo, tramite stipula di un'apposita convenzione, dell'Agenzia per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A e prevedendo, nell'ambito di detta convenzione, il coinvolgimento di un rappresentante dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dell'Agenzia nazionale per la sicurezza nucleare, dell'ISPRA, dell'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), e dell'Area istituzioni, territorio e ambiente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e di un soggetto di particolare competenza (individuato nell'ambito della convenzione). Il co. 2° stabilisce, quindi, che Il programma di cui al co. 1°, deve esser approvato con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministero dell'economia e finanze, entro tre mesi dalla entrata in vigore del decreto legislativo, previa acquisizione del parere del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri,

mare i cittadini in ordine alle opportunità create dal ritorno al nucleare²². Non solo la scelta del nucleare non è stata preceduta da una campagna informativa preventiva, ma la procedura introdotta dal decreto (art. 31) appare del tutto inadeguata rispetto all'esigenza di aprire un efficace confronto informato su tematiche di tale rilievo e sembra pensata, invece, per attuare un'opera di convincimento «passivamente acquisita»²³ da parte dei cittadini.

Il decreto prevede, inoltre, l'istituzione²⁴ di un «Comitato di confronto e trasparenza» (art. 22) presso ciascuna regione in cui insiste un sito nucleare o è stato localizzato un deposito nucleare.

I Comitati hanno il compito di garantire alla popolazione l'informazione, «il monitoraggio ed il confronto sull'attività concernente il procedimento autorizzativo, la realizzazione, l'esercizio e la disattivazione del relativo impianto nucleare, nonché sulle misure adottate per garantire la protezione sanitaria dei lavoratori e della popolazione e la salvaguardia dell'ambiente». Anche questa disposizione appare del tutto inutile rispetto alla necessità di un confronto pubblico in quanto il Comitato viene istituito dopo la localizzazione dell'impianto; non esiste alcun elemento di partecipazione o confronto pubblico nella fase antecedente rispetto alla decisione²⁵.

definisce l'obiettivo, il fabbisogno finanziario, le risorse utilizzabili, il contenuto dei messaggi, i destinatari ed i soggetti coinvolti nella realizzazione della campagna di informazione; la relativa strategia di diffusione, unitamente alle modalità, ai mezzi ed agli strumenti ritenuti più idonei al raggiungimento della massima efficacia della comunicazione, sono definiti da un soggetto di particolare competenza nel settore, individuato nell'ambito della convenzione di cui al co. 1°, al quale sono altresì affidate l'ideazione, la programmazione e la realizzazione della campagna medesima.

²² L. Ammannati, M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d.lgs. 31/2010*, cit., 29; A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, si può leggere in www.astrid-online.it, 4.

²³ A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, cit., 18.

²⁴ Con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con i Ministri dell'ambiente e delle infrastrutture.

²⁵ A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, cit., 15.

Complessivamente in Italia, a differenza di altri Paesi²⁶, sono assenti forme di effettivo coinvolgimento dell'opinione pubblica su scelte politiche complesse ed impegnative sotto il profilo tecnologico ed economico. In tal senso la deliberazione, o meglio un processo deliberativo, come il dibattito pubblico o l'inchiesta pubblica - che cominciano a trovare applicazione a livello regionale, proprio in materia ambientale²⁷ - consentirebbero di arrivare ad una decisione maggiormente condivisa e legittimata. Attraverso il processo deliberativo, il dibattito pubblico consentirebbe di valutare l'opzione del ritorno al nucleare prima dell'intervento legislativo che diventerebbe, così, l'ultimo stadio di una decisione maggiormente condivisa e accettata dalle forze politiche, nonché dai diversi livelli di governo coinvolti.

La conflittualità scaturita dalla scelta del

²⁶ In Francia esiste la *Commission National du dédat public* che garantisce un'effettiva partecipazione preventiva rispetto alle decisioni in materia di grandi infrastrutture. Similmente negli Stati Uniti le decisioni in materia di nucleare sono sempre precedute da forme di partecipazione pubblica assicurate da autorità amministrative indipendenti. In Finlandia la recente scelta di costruire la centrale nucleare di Olkiluoto 3 è stata assistita da una consultazione pubblica durata due anni. In Gran Bretagna la scelta di riprendere ad investire in energia nucleare è stata accompagnata ad un'ampia campagna di sensibilizzazione sulla scelte del nucleare. Sul punto si vedano: L. AMMANNATI, M. DE FOCATIIS, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d.lgs. 31/2010*, cit., 30-31; R. Bifulco, *L'energia nucleare tra Stato e Regioni (e discorso pubblico)*, in questa *Rivista*, cit., 21.

²⁷ In part.: la regione Toscana ha introdotto una legge regionale sulla partecipazione - la l.r. Toscana n. 69 del 2007- che - come noto - introduce il dibattito pubblico (rifacendosi al modello francese del *débat public*); l'art. 17 dello Statuto emiliano prevede l'istituto dell'istruttoria pubblica; la l.r. Emilia Romagna n.3/2010 che introduce forme di sostegno regionale ai processi partecipativi (che la legge - art. 10 co. 3° - definisce «percorsi» di discussione organizzata che vengono avviati in riferimento ad un progetto futuro o ad una futura norma di competenza delle Assemblee elettive o delle Giunte regionali o locali al fine di ottenere la completa rappresentazione delle posizioni, degli interessi o dei bisogni). In particolare nell'ambito delle procedure di VIA e di VAS sono numerosissime le ll.rr. che prevedono l'inchiesta o l'istruttoria pubblica, si veda ad es.: l.r. Toscana, n. 10 del 2010; l. r. Marche, n. 7 del 2004; l.r. Valle D'Aosta, n. 12 del 2009; l.r. Veneto, n. 10 del 1999.

Governo avrebbe potuto essere evitata attraverso un procedimento, di certo meno costoso, che avrebbe consentito di arrivare ad una decisione condivisa dalla quale, più difficilmente, sarebbero scaturite defatiganti e complesse controversie²⁸.

²⁸ Non è questa la sede per un approfondimento sul tema, ci si deve limitare, senza alcuna pretesa di esautività, a rinviare a: D. HELD, *Modelli di democrazia* (1989), Bologna, Il Mulino, 2006 in part. 401 e ss.; A. Gutman, D. THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Cambridge-Massachusetts-London-England, Harvard University Press, 1996; J. Cohen, *Democracy and Liberty*, in *Deliberative Democracy*, a cura di J. Elster, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; L. BOBBIO, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 1/2005, in part. 67 e ss.; Id., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n. 4/2006, in part. 11 e ss.; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, voce in corso di pubblicazione per l'Enc. dir., Milano, Giuffrè, 2011; R. LEWANSKI, *La democrazia deliberativa. Nuovi orizzonti per la politica*, in *Aggiornamenti sociali*, 12/2007, in part., 743; U. ALLEGRETTI, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, n.3/2006, 7 e ss.; Id., *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Europa*, (a cura di U. Allegretti), Firenze, Firenze University Press, 2010, 5 e ss; R. BIFULCO,

Il dibattito pubblico, o procedure simili, sono in grado di formare un'opinione e una scelta maggiormente condivisa.

A differenza del *referendum*, che attribuisce ai cittadini il solo strumento del voto, il procedimento di deliberazione tende alla formazione di un confronto informato e razionale. L'istruttoria pubblica o il dibattito pubblico consentono di sviluppare processi di deliberazione volti a superare la logica del "voto"; attraverso tali istituti si cerca di giungere ad una decisione che, pur rimanendo in capo agli organi rappresentativi, costituisce il frutto di un dibattito aperto e informato (potenzialmente) di tutti i punti di vista coinvolti.

Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?, ivi, 65 e ss.; M. CIANCAGLINI, *La democrazia partecipativa in Toscana. Note a margine della legge regionale n. 69/2007*, E. STRADELLA, *Partecipazione e deliberazione: una evoluzione bottom-up della forma di Stato democratica? Appunti a partire dalla legge della Regione Toscana n. 69/2007*, entrambi in www.osservatorio-sullefonti.it, 3/2008; A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedure. Il caso della legge regionale toscana sulla partecipazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, 603 e ss.

RINNOVO DI CONCESSIONE DI BENI DEMANIALI E TUTELA DELLA CONCORRENZA: UN MATRIMONIO IMPOSSIBILE

del Dott. Giustino Lo Conte

Con la sentenza n. 340/2010 la C. cost. dichiara l'illegittimità costituzionale di una disposizione regionale in tema di rinnovo delle concessioni demaniali marittime, evidenziando che in tale occasione devono applicarsi le regole e i principi comunitari posti a tutela della concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento.

Con la decisione in commento, la C. cost. ha affrontato un tema oggetto di vivace dibattito: se ed in quali limiti sia possibile, per le regioni, dettare norme in tema di proroga e/o rinnovo delle concessioni demaniali marittime¹.

Nel caso di specie, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, co. 2, della l. della regione Toscana 23.12.2009, n. 77 (l. finanziaria per l'anno 2010) per violazione dell' artt. 117, co. 1, cost., in relazione agli artt. 43 (ora 49) e 81 (ora 101) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La norma oggetto delle censure statali, rubricata "*Proroga delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*", dopo avere prorogato le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreativo in esse-

¹ Un primo commento alla sentenza è stato elaborato da M. D'ADAMO, *Rinnovi di concessioni demaniali marittime e concorrenza. Il punto sulla normativa nazionale e regionale, e sulla recente giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, alla luce dei principi comunitari*, in *lexitalia*, il quale osserva che «la questione (...) ruota intorno al privilegio che l'ordinamento nazionale ha riconosciuto, nel corso degli anni, ai concessionari demaniali marittimi, in primis quelli che esercitano attività cd. turistico-ricreative (usualmente denominati "balneari", in quanto principalmente aventi ad oggetto gli stabilimenti balneari, appunto)». In dottrina si è opportunamente evidenziato che l'analisi della disciplina delle «concessioni amministrative, ed in special modo quella delle concessioni di beni demaniali, continua ad essere una delle tematiche più interessanti del diritto amministrativo italiano» (così G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa e principi del diritto dell'Unione europea* (nota a *Cons. St.*, sez. VI, 24.12. 2009, n. 8716), in *Foro amm. CdS*, 2010, 3, 678.

re fino al 31.12.2015, al co. 2 stabilisce che «*Su richiesta del concessionario la durata della proroga può essere estesa fino ad un massimo di venti anni, in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti e sulla base di criteri e modalità definiti dalla Giunta regionale con regolamento, sentite l'associazione nazionale comuni italiani (ANCI) Toscana e le associazioni di categoria dei concessionari, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge*».

Secondo la ricorrente, la norma non appare coerente con la disciplina costituzionale ed europea in quanto prevedrebbe un meccanismo di proroga, per i titolari di concessioni demaniali marittime, della durata della concessione (fino al massimo di venti anni) a partire dalla data di rilascio della concessione medesima.

Costituitasi in giudizio, la regione si giustifica sostenendo che non vi sarebbe alcun rinnovo della concessione, atteso che la proroga è rimessa ad una valutazione caso per caso, in considerazione degli investimenti effettuati per garantire lo sviluppo turistico.

La C. cost., nella sintetica decisione in commento, riconoscendo fondati i motivi di illegittimità costituzionale delle previsioni normative regionali sollevati dallo Stato, asserisce che la norma regionale oggetto di censura si pone in contrasto con le disposizioni sia dell'ordinamento costituzionale sia di quello comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza². Infatti

² Per un inquadramento dell'istituto della concorrenza, v. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2010 nonché E.

la disposizione regionale prevede un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, consentendo il rinnovo automatico della medesima³.

Nel ragionamento elaborato dai giudici costituzionali, un automatismo di questo tipo “determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza”, dal momento che è preclusa la possibilità per altri soggetti interessati di avere notizia della procedura in essere e, conseguentemente, di dimostrare l’interesse a prendervi parte.

La Corte aggiunge poi che non ha pregio la giustificazione secondo cui la concessione non sarebbe prorogata automaticamente ma sulla base di una valutazione caso per caso, in considerazione degli investimenti effettuati per garantire lo sviluppo turistico, e che occorrerebbe pertanto un bilanciamento d’interessi tra la tutela della concorrenza e quella del turismo, di competenza regionale, trattandosi di dover tutelare il livello occupazionale e di stimolare la ripresa dell’economia toscana.

Infatti, “la disciplina regionale impedisce l’accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all’ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori. La norma impugnata determina, dunque, un’ingiustificata compressione nella

gestione del demanio marittimo, violando il principio di parità di trattamento, che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, e favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi. La previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo che «apra» il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari (sentenza n. 1 del 2008)”.

In altri termini, per i giudici costituzionali la concorrenza non è considerata come un bene o un fine pubblico, ma come uno strumento volto a rimuovere gli ostacoli ingiustificati all’accesso o all’esercizio di un’attività e per tale ragione la concessione deve essere attribuita sulla base di criteri obiettivi e trasparenti, tali da garantire in ogni caso un confronto concorrenziale fra i soggetti interessati alla concessione stessa.

Occorre fin da subito rilevare che la giurisprudenza costituzionale in materia di affidamento e di rinnovo delle concessioni demaniali marittime appare caratterizzata da una linea di continuità largamente consolidata in questi ultimi anni⁴.

A conclusioni analoghe a quelle della pronuncia n. 340/2010 della C. cost. è giunta anche la giurisprudenza amministrativa allorché è stata chiamata a pronunciarsi in tema di rilascio o rinnovo delle concessioni demaniali marittime.

È sufficiente in questa sede richiamare, molto sinteticamente⁵, i principi contenuti in

FRENI, *Le discipline della concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, 2011. In particolare, sull’applicabilità dei principi posti a tutela della concorrenza anche alle concessioni di beni pubblici v. C. BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza (nota a Cons. St., V, 5.8.2010, n. 4035)*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 7/8, 1526.

³ È stato correttamente osservato (M. D’ADAMO, *Rinnovi di concessioni demaniali marittime e concorrenza. Il punto sulla normativa nazionale e regionale, e sulla recente giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, alla luce dei principi comunitari*, cit.) che «detti imprenditori, (...), si sono così trasformati di fatto da soggetti portatori di interessi legittimi (rispetto all’ottenimento del provvedimento amministrativo di concessione demaniale marittima, ed a quello successivo di rinnovo) in titolari di diritti soggettivi, quasi fossero i proprietari del bene demaniale oggetto di una concessione trasferibile mortis causa agli eredi mediante subingresso e dalla durata ormai temporalmente illimitata, assoggettati all’unico, risibile onere di esprimere una volontà in tal senso».

⁴ La C. cost., nell’indirizzo giurisprudenziale di cui si parla, ha adottato sempre la stessa tecnica argomentativa, per cui il rinnovo automatico della medesima «determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti» (cfr. sent. 20.5.20101, n. 180, espressamente richiamata anche nella sentenza in commento). La soluzione seguita trova precedenti anche in C. cost. 1.7.2010, n. 233, tutte reperibili su www.cortecostituzionale.it.

⁵ Per una analisi (critica) dei principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa circa l’affidamento e il

due recenti sentenze: nella prima, avente ad oggetto le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale, il CGARS⁶, dopo aver proceduto ad una comparazione tra concessione di beni pubblici da un lato e contratti pubblici dall'altro, giunge alla conclusione che l'esigenza di trasparenza e di rispetto dei principi di concorrenza previsti per questi ultimi devono trovare applicazione anche per le prime, in quanto *“le similitudini (...) sono evidenti, considerando la comune rilevanza degli interessi pretesivi dei soggetti che aspirano ad ottenere vantaggi economici offerti dall'amministrazione”*.

Ne consegue, quindi, l'obbligo di seguire una procedura concorsuale tra gli operatori economici aspiranti alla concessione del bene pubblico strumentale all'esercizio dell'attività economica considerata⁷.

La stessa giurisprudenza comunitaria elaborata in tema di concessioni ha stabilito che il rispetto delle regole e dei principi dettati dal Trattato UE impone di assegnare la concessione di beni pubblici soltanto a seguito di una procedura di gara preceduta da idonea pubblicità e che, qualora si tratti di un rinnovo di concessioni di beni demaniali, in sede di gara deve essere eliminato qualsiasi posizione di vantaggio a favore dell'eventuale precedente concessionario⁸.

rinnovo delle concessioni demaniali marittime v. G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, cit., 682ss.

⁶ CGARS, sez. giurisd., 27.4.2009, n. 302.

⁷ Secondo autorevole dottrina (S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 356), *«per l'assegnazione di una concessione dell'uso di un bene pubblico non è obbligatorio lo svolgimento di una gara, regolarmente bandita dall'amministrazione; se vi sono più domande, però, è necessario che la pubblica amministrazione ne tenga conto e le compari tra di loro»*. Cfr. anche R. CARANTA, *Concessioni di beni e regole della gara*, in *Urb. e app.*, 2005, 3, 329.

⁸ Cfr., ad esempio, C. giust. CE, I, 10.11.2005, C-29/04 e C. giust. CE, 13.9.2007, C-260/04, in *Giur.it*, 2008, 474, con nota di R. CARANTA, *Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l'affidamento o rinnovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso «Enalotto»)*. Negli stessi termini, in dottrina, G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. e app.*, 2006, 7, 851. Non è superfluo ri-

Parimenti, in un'altra sentenza⁹ avente ad oggetto proprio il rinnovo di concessione demaniale, i giudici amministrativi affermano che i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e *par condicio* devono essere rispettati anche per le concessioni in questione in modo tale da garantire una effettiva concorrenza tra gli operatori del settore, rilevando inoltre che *“la necessaria preferenza per i soli precedenti titolari si porrebbe in contrasto anche con i principi costituzionale di imparzialità e buon andamento, perché disincentiverebbe tali soggetti dal formulare proposte migliorative sia sotto l'aspetto economico, che sotto quello della rispondenza al pubblico interesse dell'utilizzo del bene demaniale, non potendo le loro istanze essere contrastate da proposte alternative”*¹⁰.

In questa ottica, allora, si comprende come l'interesse pubblico al migliore sfruttamento delle aree demaniali impone non soltanto l'esperimento di una procedura selettiva per l'individuazione dell'operatore economico disposto a rivestire la natura di concessionario,

cordare la procedura d'infrazione n. 2008/4908 avviata dalla Comunità Europea il 29 gennaio 2009 in materia di rilascio delle concessioni demaniali marittime.

⁹ CdS, VI, 21.5.2009, n. 3145.

¹⁰ In un passaggio immediatamente successivo della stesa sentenza, i giudici amministrativi evidenziano come, *“in ipotesi di domande concorrenti, l'amministrazione debba alla loro valutazione in comparazione e rinnovare la concessione (intesa in senso oggettivo) al soggetto che abbia formulato la migliore proposta secondo i criteri fissati dall'art. 37 cod. nav. (che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico)”*. Sulla necessità di una valutazione comparativa in caso di rinnovo delle concessioni demaniali marittime v. anche CdS, ad plen., 3.3.2008, n. 1 e CdS, VI, 24.12.2009, n. 8716. E' stato pure sottolineato come l'applicazione delle regole di concorrenza può *«rilevare quale elemento determinante nella risoluzione di criticità che gravano su entrambe le parti del rapporto concessorio, l'amministrazione da un lato e il concessionario dall'altro»*: relativamente alla prima, perché *«attraverso l'uso di procedure comparative diffuse, (...), verrebbe accresciuta la potenziale redditività del bene demaniale oggetto di concessione»*, mentre per i concessionari *«la concorrenza tenderebbe, invece, a valorizzare inevitabilmente le competenze professionali»* (così F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 3, 844-845).

ma anche che alla concessione sia posto un limite temporale senza che, alla scadenza, sia attribuita una preminenza alla posizione giuridica soggettiva del concessionario uscente in occasione del rinnovo della concessione di bene pubblico¹¹.

In realtà, il dubbio che le concessioni amministrative¹² appaiono suscettibili di impedire o di ostacolare la concorrenza, non sempre giustificate da esigenze imperative di interesse generale, non è certamente recente. È noto che già nel 1998¹³ l'Autorità garante della concorrenza e del mercato osservava che le concessioni sono “sovente impiegate come strumenti di regolazione attraverso i quali viene discrezionalmente limitato l'accesso al mercato ad un numero circoscritto di imprese e sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi che pongono le imprese concessionarie in posizione privilegiata rispetto agli altri operatori economici”, attribuendo “all'amministrazione concedente una serie di poteri idonei ad incidere in modo consistente sull'attività di impresa del concessionario”¹⁴.

Il Garante della concorrenza stigmatizzava, inoltre, i casi di rinnovo automatico delle concessioni, in quanto la durata delle stesse andrebbe parametrata a valutazioni tecniche, economiche e finanziarie.

Non è, tuttavia, indispensabile che tale durata sia proporzionata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimen-

to dell'attività, in quanto il valore degli investimenti già effettuati dal concessionario può essere posto a base d'asta.

L'Autorità aggiungeva che “in tal modo, l'esigenza di rimborsare i costi non recuperati sopportati dalle società concessionarie risulterebbe compatibile con procedure di affidamento coerenti sia con i principi della concorrenza, sia con gli incentivi ad effettuare gli investimenti. L'ente concedente potrebbe dare, inoltre, indicazioni in sede di gara in merito al tipo e all'entità degli investimenti che i nuovi concessionari saranno chiamati ad effettuare”.

Ancora di recente, con particolare riguardo alle concessioni demaniali marittime, l'Autorità ha avuto occasione di confermare da un lato la “necessità di individuare condizioni di affidamento e rinnovo delle concessioni per le attività marittime idonee ad evitare ingiustificate restrizioni della concorrenza, ovvero caratterizzate dal ricorso all'adozione di procedure competitive” e, dall'altro, di “ridurre la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari” in modo tale da rispettare i “principi comunitari della parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità”¹⁵.

La sentenza in commento, pur non presentando profili di particolare novità, merita comunque interesse perché, richiamando il principio di massima apertura al mercato, conferma non soltanto un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ma si pone in piena sintonia anche con l'operato svolto dall'Autorità deputata alla tutela della concorrenza.

Da quanto rilevato emerge, in conclusione, che, una volta scaduta la preesistente concessione, l'amministrazione concedente è tenuta ad indire una gara ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione.

¹⁵ Cfr. la segnalazione AGCM del 2.12.2008, rif. AS491, recante «Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo», pubblicato nel Boll. AGCM del 12.1.2009, n. 46/2008, in www.agcm.it.

¹¹ S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, cit., 356ss.; F. LONGO, *Brevi note sulla giurisprudenza amministrativa in materia di diniego di rinnovo della concessione di utilizzo dei beni pubblici*, in *Foro amm. TAR*, 1993, II, 157ss.

¹² Sulle concessioni amministrative, cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Novene, 1981 e D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 282.

¹³ Vedi la segnalazione AGCM del 28.10.1998, rif. AS152, recante «Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative», pubblicato nel Boll. AGCM del 2.11.1998, n. 42/1998, reperibile in www.agcm.it.

¹⁴ In un altro punto della segnalazione, l'Autorità opportunamente ricorda che “in definitiva, dalle concessioni derivano almeno due rilevanti distorsioni della concorrenza: la restrizione discrezionale dell'accesso al mercato come regola e la posizione privilegiata delle imprese concessionarie”.



È stato giustamente evidenziato che l'attuale impianto normativo «non sancisce l'obbligo generalizzato di ricorso a procedure competitive ispirate ai criteri di trasparenza e di pubblicità, come desumibili dal Trattato sull'Unione europea ma, anzi, prevedendo ipotesi di favore nei riguardi del vecchio concessionario, sia in fase di rilascio delle concessioni che in fase di rinnovo, non permette l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dai partecipanti alla selezione»¹⁶ ed è probabilmente questa la causa per cui, anche dopo le prime pronunce giurisprudenziali a loro sfavorevoli, anziché essere indotte a

¹⁶ Così F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, cit., 837.

maggior prudenza, le regioni hanno continuato a legiferare sul punto quasi che nulla fosse accaduto¹⁷. E ciò a dimostrazione del fatto che vi è ancora, tra i legislatori regionali, una diffusa resistenza – o comunque una scarsa propensione – alla cultura della concorrenza e del mercato.

¹⁷ Le regioni che nel biennio 2009-2010 hanno adottato norme riguardanti le concessioni demaniali marittime sono Emilia Romagna, Liguria, Toscana, Marche, Veneto, Abruzzo. Per un'analisi della legislazione *de qua* cfr. M. D'ADAMO, *Rinnovi di concessioni demaniali marittime e concorrenza. Il punto sulla normativa nazionale e regionale, e sulla recente giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, alla luce dei principi comunitari*, cit.

«.....GA.....»

LA NATURA DI RIFIUTO PER I MATERIALI INERTI DA CAVA: RIBADITA LA COMPETENZA ESCLUSIVA DELLO STATO

della Dott.ssa Antonella Zella

Breve commento a margine della sentenza della C. cost. 29.11.2010 n. 345

La l. n. 10 del 13.11.2009 della provincia di Bolzano detta disposizioni in materia di commercio, artigianato, alpinismo, esercizi pubblici, turismo e miniere.

Più precisamente, il capo V dispone in materia di miniere e l'art. 9 prevede modifiche alla precedente l. provinciale 19.5.2003, n.7, recante la disciplina delle cave e delle torbiere. In particolare l'art. 4 del nuovo testo normativo dispone che “*Sulle aree estrattive dotate di impianti di lavorazione autorizzati (...) è consentita la lavorazione di materiali inerti provenienti anche da altre cave, sbancamenti, scavi, gallerie, fiumi, torrenti, rii o zone colpite da eventi naturali eccezionali ubicati ad una distanza non superiore a 15 chilometri dall'impianto.*”

La norma è stata impugnata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, per aver il legislatore provinciale consentito la lavorazione di materiali inerti provenienti da altre cave, senza assoggettare tale attività alle prescrizioni in materia di autorizzazioni all'esercizio di impianti di trattamento dei rifiuti. Vi sarebbe - a detta del ricorrente - una implicita sottrazione dei materiali (ivi compresi le terre e rocce da scavo e i materiali da demolizione) dalla categoria di “*rifiuto*”, in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria.

La citata disposizione andrebbe al di là delle competenze assegnate dallo statuto alla Provincia in tema di miniere, cave e torbiere, di tutela del paesaggio e si porrebbe in contrasto con gli standard uniformi di tutela dell'ambiente di cui al d. lgs. 3.4.2006, n. 152¹, parte IV ed alla dir. CE 2006/12², in violazione dell'art. 117, co. 1 e 2, lett. s) cost. Più precisamente, la norma provinciale impu-

gnata farebbe sorgere la presunzione che le terre e rocce da scavo costituiscono sottoprodotti che presentano un vantaggio o un valore economico per il loro detentore, anziché un onere di cui egli cercherebbe di disfarsi.

Essa, pertanto, sottrarrebbe alla nozione di rifiuto taluni residui che invece corrisponderebbero alla definizione di cui all'art. 1, lett. a) della citata direttiva: è rifiuto “*qualsiasi sostanza o oggetto di cui il detentore si disfi o abbia intenzione di disfarsi*”³ e la verifica dell'intenzione del detentore di disfarsi del bene o della sostanza non può essere effettuata in astratto, ma deve avvenire in base a una valutazione da effettuarsi caso per caso⁴.

La giurisprudenza costituzionale ha stabilito che “*la disciplina dei rifiuti si colloca nell'ambito della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art.117, co. 2, lett.) s) cost., anche se interferisce con altri interessi e competenze*”; che tale disciplina, pertanto, rientra in una materia che, per la molteplicità dei settori di intervento, assume una struttura complessa e riveste un carattere di pervasività⁵.

L'esclusione dei residui dalla disciplina dei rifiuti produrrebbe pertanto una deroga alla competenza del legislatore statale in favore del legislatore regionale. Ancora, secondo l'interpretazione della Corte, le regioni, nell'esercizio delle loro competenze, devono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze (in materia di tutela della salute, di governo del territorio, di valorizzazione dei

1 Codice dell'ambiente.

2 Direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa ai rifiuti.

3 Art. 1, dir. CE 2006/12.

4 C. giust. CE 18.4.2002, causa C-9/00, Palin Granit.

5 In tal senso *ex plurimis* C. cost. 24.3.2010, n.127; 30.11.2009, n.314 e 16.7.2009, n. 249.

beni ambientali, etc.) livelli di tutela più elevati⁶.

Con ciò certamente incidendo sul bene materiale ambiente, ma al fine non di tutelare l'ambiente - già salvaguardato dalla disciplina statale - bensì di disciplinare adeguatamente gli oggetti delle loro competenze. Si tratta cioè di un potere insito nelle stesse competenze attribuite alle regioni, al fine della loro esplicazione.

I giudici costituzionali hanno chiarito che la disposizione impugnata non contiene espressamente alcuna definizione di rifiuto, né alcuna esplicita qualificazione dei materiali inerti di cui si consente la lavorazione. Essa, pertanto, non incide sul regime dei predetti materiali inerti, tantomeno contiene una presunzione assoluta circa la configurazione dei medesimi come sottoprodotti.

La norma provinciale si limita ad individuare le lavorazioni che possono essere effettuate presso le aree estrattive dotate di impianti autorizzati alla coltivazione delle cave, rinviando, per la qualificazione e per l'individuazione del regime al quale i materiali oggetto di lavorazione devono essere sottoposti, alle norme statali, in particolare alle norme del codice dell'ambiente. I materiali inerti oggetto delle lavorazioni potranno essere lavorati senza essere assoggettati alla disciplina dei rifiuti, solo ove ne sia certo il riutilizzo e siano soddisfatte le condizioni prescritte dal codice dell'ambiente perché essi siano configurati come sottoprodotti; in mancanza di tali condizioni essi dovranno, invece, essere assoggettati alla procedura autorizzatoria prescritta per i rifiuti dalla normativa statale, in armonia con la normativa comunitaria.

Il regime dei materiali che possono essere lavorati nelle aree estrattive ai sensi dell'art. 9 l. prov. 13.11.2009, n. 10 è quello individuato dal legislatore statale nell'esercizio della sua competenza esclusiva in tema di tutela dell'ambiente, come confermato anche dall'art. 2 l. prov. 19.5.2003, n. 7 che fa espressamente salve *“le norme vigenti in materia di tutela dell'ambiente”*, imponendone il rispetto

6 C. cost. 26.1.2009, n.30 e 14.1.2009, n.12; 14.4.2008, n.105; 14.4.2008, n.104 e 10.3.2008, n. 62.

tutte le volte in cui la disciplina della coltivazione delle cave e delle torbiere per l'utilizzazione delle sostanze minerali, della costruzione e dell'esercizio dei relativi impianti e delle infrastrutture, nonché dell'utilizzo delle discariche di materiali di cava interferiscono con la materia della tutela dell'ambiente.

Pertanto, il giudice delle leggi ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, poiché non ha ritenuto esservi stata alcuna invasione della sfera di competenza statale nella materia della *“tutela dell'ambiente”* né, tantomeno, alcuna violazione della pertinente normativa comunitaria. Ancora una volta, sia pure indirettamente, la Consulta ribadisce il riparto di competenze in materia di tutela dell'ambiente, riservando allo Stato la potestà di disciplinare l'ambiente nella sua interezza⁷, in forza del co. 2, lett. s), dell'art. 117 cost., mentre lascia alle regioni o alle province autonome (come nel caso di specie) unicamente il compito di regolare le modalità di fruizione del bene, in forza della competenza residuale di cui al co. 4 dello stesso art. 117 cost..

Nella fattispecie analizzata la Provincia autonoma, infatti, ha competenza primaria in materia di miniere, cave e torbiere⁸, nonché potestà legislativa primaria in materia di *“tutela del paesaggio”* e *“urbanistica”*⁹, mentre ha competenza legislativa concorrente in materia di *“igiene e sanità”*¹⁰.

Ciò premesso, spetta allo Stato disciplinare l'ambiente come una entità organica, attraverso la predisposizione di norme di tutela aventi ad oggetto l'ambiente sia in termini generali e omnicomprensivi che nelle singole componenti¹¹.

7 In tal senso, ex *plurimis* C. Cost. 5.11.2007, n.378; 23.1.2006, n. 32; 21.6.2006, n. 247.

8 Art. 8, co. 1, punto 14, del d.P.R. 670/1972 Statuto speciale per il Trentino Alto Adige.

9 Art. 8, co. 5 e 6 Statuto cit.

10 Art. 9, punto 10 Statuto cit.

11 Sull'interpretazione dell' art. 117 cost., con specifico riferimento alla materia ambientale, cfr., tra gli altri, M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma del Titolo V?*, in *Giur. cost.* 2002, 318; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 239 ss.;

Tanto, in ossequio alla consolidata giurisprudenza della Corte¹² onde emerge una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto¹³.

L'ambiente viene considerato "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" senza che ne resti "esclusa la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali"¹⁴.

B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2005; G. D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 3 ss.; R. CHIEPPA, *L'ambiente nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Urb. app.*, 2002, 11, B. POZZO-M RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004; G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008; A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2002.

12 In epoca precedente alla riforma del titolo V cost., v. Corte cost. 20.5.1987, n. 183 in cui l'ambiente si considera "non materia" in senso tecnico, bensì "interesse" perseguibile dalle regioni nell'esercizio delle competenze nei settori di materie connesse con l'ambiente quali l'agricoltura, i lavori pubblici, l'urbanistica, la caccia e la pesca, l'assistenza sanitaria etc. Per ciò che attiene i rapporti tra Stato e regioni, si era affermato il principio secondo cui la disciplina statale in materia di protezione dell'ambiente costituisce, in linea generale, un nucleo di garanzie minimali che le regioni non possono derogare *in pejus*, ma pur sempre variare *in melius* con misure di tutela più restrittive. In tal senso C. cost. 24.6.1986, n.151 e 26.10.1994, n. 379 (in materia di salvaguardia del paesaggio); 21.5.1987, n. 192 e 20.6.1988, n. 744 (sulla gestione dei rifiuti); 12.10.1988, n. 1002, 12.12.1990, n.577 e n. 578 (sulla caccia); 9.7.1992, n. 366 (nel settore delle aree naturali protette), e ribadito dalla stessa Corte anche nelle sentenze 30.9.1999, n. 382 e 10.7. 2002, n. 407.

13 In tal senso, tra le altre, C. cost. 23.1.2006, n.32; 14.7.2005, n.336; 8.6.2005, n. 232; 23.5.2005, n.214; 13.7.2005, n.62.

14 C. cost. 10.7.2002, n.407. Per un esame della giurisprudenza costituzionale, anche in materia di ambiente, v. F. MARCELLI e V. GIAMUSSO, *La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce*, Senato della Repubblica, Quaderni di documentazione del Servizio Studi, n. 44, ottobre 2006. Si veda, poi, anche *La Repubblica delle autonomie nel*

Si tratta di una impostazione che, come nel caso di specie, è stata ribadita anche con riferimento alle regioni ad autonomia speciale¹⁵.

La evidenziata nozione teleologica elaborata dalla Consulta che definisce l'ambiente, altresì, quale bene immateriale unitario omnicomprensivo, ovvero come diritto fondamentale della persona ed interesse della collettività non può giustificare il rigetto dell'accezione di ambiente come "materia" in senso proprio¹⁶.

Ciò, non solo in ragione del tenore letterale del novellato art. 117 cost. il quale al co. 2 lett. s) attribuisce all'ambiente autonomia concettuale e giuridica, ma, in tempi più recenti, attraverso l'introduzione del codice dell'ambiente, fonte normativa statale oggetto della decisione in commento.

Il citato codice mostra la volontà del legislatore di configurare l'ambiente come vera e propria materia, rappresentando il tentativo di creare un tessuto normativo unitario, seppure non completo ed esaustivo¹⁷ e, come tale, non produttivo di una puntuale e definitiva qualificazione dell'ambiente come materia. La trasversalità della materia ambientale è giusto che conduca ad una maggiore collaborazione fra Stato e regioni, ovviamente nel rispetto delle diverse competenze legislative, in nome del principio di integrazione per l'ottenimento di una tutela dell'ambiente più efficace.

Bisognerebbe indagare sulla possibilità di scorgere un ruolo regionale, pure nelle materie di legislazione esclusiva dello Stato. A tanto si oppone sicuramente il dato letterale costituito dalla espressa qualificazione come "riservata" della potestà statale¹⁸, ma ci si chiede se - in ossequio ai principi di sussidia-

la giurisprudenza costituzionale, a cura di A. PIOGGIA e L. VANDELLI, *Il Mulino*, 2006.

15 Così C. cost. 13.1.2005, n.65: nella fattispecie la Corte ha affermato la competenza esclusiva e concorrente della regione Sardegna "in quanto questo insieme di competenze non comprende ogni disciplina di tutela ambientale".

16 Quale campo di intervento specifico, delimitato da confini sufficientemente certi.

17 Si ricorda la modifica al codice introdotto dal d.lgs. 16.1.2008 n. 4 "Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d. lgs. 3.4.2006, n. 152, recante norme in materia ambientale" in G.U. n. 24 del 29.1. 2008.

18 così F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitari*, cit. 242.



rietà e di differenziazione - lo Stato possa indicare “*semplicemente, nella propria legge, (...) se a svolgere quella funzione siano gli apparati dello Stato stesso, siano autorità indipendenti o si scenda al sistema delle autonomie*”¹⁹. D’altro canto la stessa giurisprudenza costituzionale, sia pure a fasi alterne, ha legittimato una legislazione regionale introduttiva di “*norme volte a “migliorare” l’ambiente e, dunque, a raggiungere un assetto differente di equilibrio, ad esempio attraverso la fissazione di standard e limiti più restrittivi rispetto a quelli statali*”²⁰.

In tal senso, secondo alcuni autori²¹, non si può negare l’individuazione di un “*settore materiale oggettivamente riconducibile al concetto di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema*”, “*un vero e proprio ambito “materiale” che risulta, almeno in certa misura, ben determinabile e che costituisce da sempre il campo privilegiato delle politiche ambientali e degli interventi normativi a tutela dell’ambiente*”²².

A ciò si aggiunga che sembrerebbe essersi avviato un processo normativo, sia comunitario che nazionale, di individuazione del diritto ambientale quale specifico settore normativo

19 Così L. VANDELLI, *Intervento*, in A. FERRARA, L.R. SCIUMBATA (cur.), *La riforma dell’ordinamento regionale. Le modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, 14, Giuffrè, Milano, 2001.

20 Così F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria*, cit., 242-243.

21 Così G. COCCO, *La legislazione*, cit., 423; S. GRASSI, *Prospettive di riordino*, cit.

22 V. M. CECCHETTI, *La potestà legislativa regionale in materia di ambiente naturale. Come conciliare valori unitari e competenze territoriali*, in *Diritto e giustizia*, n. 34/2002, 39.

e di ricerca, oggetto di una disciplina organica e tendente a completezza²³, che non può essere ignorato dagli interpreti chiamati a riempire di significato e determinatezza il valore costituzionale.

La tutela ambientale svolgerebbe così il ruolo di “*valore*” in grado di orientare una politica legislativa, in virtù anche di un dovere inderogabile di responsabilità per le generazioni future²⁴, nonché quello di “*materia in senso tecnico*”, scevra così da discrezionali ed incerte interpretazioni.

23 Per un approfondimento del tema, V. GRASSI, *Prospettive di riordino della normativa a tutela dell’ambiente alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione e del disegno di legge delega per i testi unici in materia ambientale*, in C. RAPISARDA SASSOON (cur.), *Manuale delle leggi ambientali*, Milano, Giuffrè, 2002.

24 Cfr, sul punto, F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria*, cit., 215 e P. MANTINI, *Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente*, in *Riv. gir. Ambiente*, 2006, 207.

LA DISCIPLINA DELLA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI

della Dott.ssa Elisa Lori

Gli obblighi di tracciabilità dei flussi di pagamento derivanti dagli appalti pubblici introdotti dalla l. 13.8.2010, n. 136 (così come modificata dalla l. 17.12.2010, n. 217, di conversione del d.l. 12.11.2010, n. 187) alla luce delle determinazioni interpretative ed esplicative dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Con la legge 13.8.2010, n. 136, approvata all’unanimità del Senato, viene dato avvio ad un “*piano straordinario contro le mafie*”, contenente azioni in differenti settori e misure dalla diversa immediatezza applicativa. Tra queste, ci sono alcune disposizioni immediatamente operative volte ad evitare infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici.

Si tratta, in particolare, dell’art. 3 della legge, che introduce particolari misure per rendere “*tracciabili*” i flussi finanziari derivanti dalle commesse, in modo da rendere chiaro e controllabile *ex post* il percorso effettuato dalle risorse pubbliche spese.

La disposizione ha, fin da subito, aperto un ampio dibattito sulle modalità operative di messa in atto, in cui sono intervenuti e continuano ad intervenire soggetti a diverso titolo interessati, determinando prassi applicative tutt’ora in fase di sviluppo.

Partendo, quindi, dall’analisi della normativa di riferimento, è possibile esaminare i successivi interventi interpretativi ed esplicativi disponibili.

Dopo l’emanazione della l. 13.8.2010, n. 136, l’argomento è stato ripreso durante l’approvazione del cosiddetto “*pacchetto sicurezza*”: il d.l. 12.11.2010, n. 187, convertito in l. 17.12.2010, n. 217, infatti, modifica, integra ed interpreta le vigenti disposizioni in materia di tracciabilità finanziaria, anche alla luce delle emerse necessità di specificazioni operative di messa in atto e delle criticità rilevate durante la primissima applicazione.

Il quadro normativo è poi stato integrato da due importanti determinazioni dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di

lavori, servizi e forniture (AVCP)¹: la prima (18.11.2010, n. 8) arriva subito dopo l’approvazione del d.l. non ancora convertito in legge, dando alcune prime note interpretative della normativa disponibile a seguito dei quesiti sopraggiunti dai soggetti deputati all’applicazione; la seconda (22.12.2010, n. 10), invece, interviene a normativa completata, dopo l’emanazione della legge di conversione, proponendo un aggiornamento della linea interpretativa e aggiungendo ulteriori specificazioni.

Analizzando, quindi, il provvedimento legislativo principale (l. 13.8.2010, n. 136), così come modificato ed integrato dai successivi interventi, possiamo notare, che l’art. 3 si suddivide in tre parti: il primo comma individua le modalità di tracciamento dei flussi finanziari, dando una prima definizione dell’argomento; i commi successivi, fino al quarto, stabiliscono invece adempimenti a carico dell’appaltatore; i commi dal quinto in poi, infine, prevedono obblighi a carico delle stazioni appaltanti.

Il provvedimento si apre, quindi, con l’individuazione dei soggetti a carico dei quali vengono posti gli obblighi: si tratta degli appaltatori, ma anche dei subappaltatori e dei subcontraenti della filiera delle imprese, nonché dei concessionari di finanziamenti pub-

¹ Il Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 12.4.2006, n. 163) attribuisce all’Autorità varie funzioni e competenze, tra cui la vigilanza sui contratti pubblici per garantire correttezza, trasparenza nella scelta del contraente e rispetto della concorrenza nelle procedure di gara. Inoltre, essa vigila sull’osservanza della legislazione per verificare la regolarità degli affidamenti e l’economicità di esecuzione dei contratti. Nell’ambito della propria attività l’Autorità ha poteri sanzionatori ed ispettivi.

blici, tutti interessati a lavori, servizi e forniture pubblici.

Essi devono rendere i flussi di denaro derivanti da tali contratti “tracciabili” attraverso l’utilizzo di conti correnti “dedicati”, dove far transitare i movimenti finanziari attraverso bonifici o altri strumenti di pagamento idonei a consentire la tracciabilità delle operazioni.

L’ambito di applicazione oggettivo², quindi, è dato, in primo luogo, dagli “appalti pubblici”, definiti dal codice dei contratti come “contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”³.

Vi rientrano quindi, tutti i contratti tra operatori economici e committenti pubblici indipendentemente dall’esperimento di gara e dal valore della commessa.

Parimenti, sono chiamati dalla legge all’osservazione degli obblighi di tracciabilità anche i concessionari di finanziamenti pubblici, anche europei.

L’AVCP individua tra le fattispecie assoggettabili a tracciabilità anche i contratti di partenariato pubblico-privato, i contratti di subappalto e subfornitura ed i contratti in economia, compresi gli affidamenti diretti.

Dal punto di vista soggettivo, invece, sono investite degli obblighi le “stazioni appaltanti”⁴ correlate alla “filiera delle imprese”, che secondo interpretazione autentica, sono i subappaltatori e i subcontraenti per l’esecuzione del contratto principale⁵.

Altra categoria coinvolta è quella dei concessionari di finanziamenti pubblici, in cui rientrano le concessioni di lavori pubblici e

2 Come chiarito dalle determinazioni 18.11.2010, n. 8, e 22.12.2010, n. 10 dell’AVCP.

3 Art. 3, co. 6, d. lgs. 12.04.2006, n. 163.

4 Per le stazioni appaltanti, la definizione è, ancora una volta, integrata nelle note dell’Autorità da quanto stabilito nel Codice dei contratti. Vengono individuate come destinatarie della norma “le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi... costituiti da detti soggetti”.

5 Art. 6, co. 3, l. 17.12.2010, n. 217.

servizi⁶, definite dal codice come contratti a titolo oneroso, in forma scritta, con le stesse caratteristiche dell’appalto ad eccezione del fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o il servizio, anche con un prezzo⁷. Vi rientrano, inoltre, le stazioni appaltanti (pubbliche o private) destinatarie di finanziamenti pubblici per appalti pubblici.

Ragionando sulle definizioni date dalla legge in relazione ai casi concreti segnalati come problematici dagli operatori, l’AVCP⁸ fa una lunga disamina delle situazioni particolari, determinando, caso per caso, l’applicabilità o meno della tracciabilità. Si tratta di indicazioni preziose per chi quotidianamente è chiamato ad applicare gli obblighi.

Uno degli argomenti che l’Autorità approfondisce è quello della cosiddetta “amministrazione diretta”. Si tratta di una delle due opzioni di cui dispongono le stazioni appaltanti per realizzare “in economia” lavori, forniture o servizi.

Mentre l’altra delle due, il cottimo fiduciario⁹, rientra nella definizione di “appalto” prevista dal codice dei contratti e risulta, quindi, soggetta ad applicazione della normativa sulla tracciabilità dei flussi, risulta esclusa, invece, la fattispecie dell’amministrazione diretta.

In questo caso, le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri e con per-

6 La disciplina della tracciabilità si applica a :

- concessioni di lavori (concessioni di costruzione e gestione o concessioni *ex project financing*);
- concessioni di servizi.

L’AVCP precisa che, per quanto riguarda i corrispettivi incassati dai concessionari di servizio pubblico corrisposti dagli utenti, gli stessi possono essere versati con qualsiasi strumento di pagamento, compreso il contante. Questi pagamenti devono comunque essere effettuati sul conto corrente dedicato.

7 Art. 3, co. 12 e 13, d. lgs. 12.04.2006, n. 163.

8 Determinazione 22.12.2010, n. 10.

9 Il cottimo fiduciario si ricordi che è una procedura negoziata in cui il responsabile del procedimento, sotto la sua responsabilità, affida ad un soggetto idoneo l’esecuzione dei lavori dietro corresponsione di un corrispettivo prestabilito. Le modalità procedurali da seguire nell’espletamento del cottimo fiduciario si estrinsecano, sostanzialmente, mediante gara informale, con l’interpello diretto di ditte precedentemente individuate, seguita da trattativa privata.

sonale proprio delle stazioni appaltanti, sotto la direzione del responsabile del procedimento. Si tratta dell'ipotesi in cui l'ente realizzi da sé un'opera o un servizio attraverso proprie risorse umane, configurandosi sul mercato come un consumatore, con riferimento a beni o servizi già pronti e disponibili per l'offerta al pubblico. L'esempio classico è quello del comune che realizza un marciapiede con il lavoro dei propri operai: l'acquisto del materiale necessario, dunque, non è soggetto agli obblighi di tracciabilità.

Altre precisazioni vengono fatte a riguardo di altri movimentazioni di denaro da ritenere escluse dall'ambito di applicazione della disciplina della tracciabilità. Si tratta, in particolare, del trasferimento di fondi da parte di amministrazioni dello Stato a favore di soggetti pubblici per attività istituzionali (il trasferimento risulta già tracciato), dei contratti di lavoro dipendente e altri contratti assimilabili e dell'acquisto, la locazione o altri contratti riguardanti diritti su beni immobili.

Un ulteriore approfondimento è riservato alle movimentazioni di denaro eseguite nell'ambito dei cosiddetti "affidamenti in house"¹⁰. In questo caso l'Autorità argomenta l'esclusione in base al consolidato orientamento giurisprudenziale che dà rilievo alla modalità organizzativa dell'ente pubblico, risultando mancante il requisito della terzietà per configurare l'ipotesi di un contratto d'appalto¹¹.

10 Si ricordi che l'affidamento "in house" si ha quando il committente pubblico, derogando al principio di carattere generale dell'evidenza pubblica, in luogo di procedere all'affidamento all'esterno di determinate prestazioni, provvede in proprio all'esecuzione delle stesse attribuendo l'appalto o il servizio ad altra entità giuridica di diritto pubblico senza gara. Si tratta di un modello organizzativo in cui la PA provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici quale manifestazione del potere di auto-organizzazione e del più generale principio comunitario di autonomia istituzionale.

Le condizioni necessarie affinché si possa derogare alla gara pubblica, (C. giust. CE, sent. 18.11.1999) sono: l'esercizio da parte dell'ente committente, sul soggetto affidatario, di un "controllo analogo" a quello che esercita sui propri servizi; la necessità che il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente committente che la controlla.

11 Tali società, tuttavia, se si configurano come concessionari di finanziamenti pubblici o come ammini-

L'AVCP si sofferma, poi, sulle spese effettuate dai cassieri con il fondo economale. Si tratta delle spese che ciascuna amministrazione disciplina con un provvedimento interno, individuando un'elencazione non esemplificativa di spese di non rilevante entità, necessarie per sopperire con immediatezza ed urgenza ad esigenze funzionali dell'ente, fissando anche un importo limite.

La gestione di tali spese, quindi, avviene esulando dal rigido formalismo delle procedure codificate, seguendo invece procedure semplificate sia di selezione del contraente, sia di documentazione della spesa, sia di pagamento.

Queste spese, seguendo la logica della semplificazione, non sono assoggettate alla tracciabilità ed è consentito nei pagamenti anche l'utilizzo del contante.

Altre puntualizzazioni riguardano alcuni movimenti finanziari derivanti da contratti assicurativi.

I pagamenti che si qualificano come indennizzi a favore di terzi danneggiati dalla stazione appaltante, stante la loro qualità di indennizzi, sono estranei al rapporto contrattuale tracciato e quindi non soggetti a tracciabilità. Parimenti anche gli indennizzi derivanti da procedure espropriative non sono soggetti agli obblighi, dal momento che gli espropriati non fanno parte della "filiera delle imprese".

Altre problematiche operative hanno determinato l'intervento dell'Autorità nell'ambito dell'applicazione della disciplina in presenza di raggruppamenti temporanei di imprese¹².

Alla base del raggruppamento c'è una situazione in cui gli operatori economici danno mandato ad uno di essi, a cui spetterà la rappresentanza esclusiva nei confronti della stazione appaltante e quest'ultima potrà far valere direttamente sul mandatario le responsabi-

strazioni aggiudicatrici (se affidano appalti a terzi) ed essere soggette agli obblighi di tracciabilità.

12 Si ricordi che il raggruppamento temporaneo di imprese è un insieme di imprenditori costituito anche mediante scrittura privata allo scopo di partecipare ad una procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di un'unica offerta (art. 3, co. 20, d. lgs. 12.4.2006, n. 163).

lità facenti capo ai mandanti.

Da ciò e dal fatto che, comunque, ciascun operatore all'interno del rapporto conserva la propria autonomia giuridica, discende che ogni componente è tenuto ad osservare gli obblighi di tracciabilità finanziaria. A tal fine dovranno essere inserite specifiche clausole nel contratto di mandato e la mandataria dovrà rispettare le regole di tracciabilità nei pagamenti verso le mandanti.

L'AVCP non ritiene di inserire nemmeno gli incarichi di collaborazione¹³ tra le fattispecie assoggettabili agli obblighi della legge in esame. Si tratta di particolari incarichi di natura occasionale o coordinata e continuativa, senza vincolo di subordinazione, per esigenze per cui non si possa far fronte con personale in servizio.

Ritornando al testo dell'art. 3 della l. 13.8.2010, n. 136, rimangono da esaminare i commi successivi al primo, che contengono gli obblighi dei soggetti chiamati all'applicazione della disciplina.

Una volta definita la finalità delle disposizioni di tracciabilità e individuati i mezzi per perseguirla, il legislatore si sofferma, quindi, nei commi dal secondo al quarto, sugli obblighi che ricadono sull'appaltatore o, comunque, sugli altri soggetti individuati in precedenza. Si tratta di una serie di adempimenti che riguardano le spese effettuate dalle ditte con il denaro proveniente dalle commesse, posti con la finalità di individuare la destinazione di tali risorse ed evitare il loro impiego in attività illecite o mafiose.

La prima di queste disposizioni stabilisce che i pagamenti destinati a dipendenti, consulenti, fornitori ed a provvista di immobilizzazioni tecniche relative alla commessa siano effettuati dagli appaltatori (o subappaltatori o subcontraenti o concessionari di finanziamenti pubblici) tramite il conto corrente dedicato. Il pagamento dovrà essere effettuato, con bonifico o altro strumento idoneo, per l'intero importo dovuto, anche se il pagamento non è esclusivamente riferibile alla commessa.

La seconda disposizione prevede che gli appaltatori possano provvedere ai pagamenti

¹³ Si tratta in particolare delle collaborazioni ex art. 7, co.6, d.lgs. 30.3.2001, n. 165.

in favore di enti previdenziali, assicurativi ed istituzionali o di fornitori di servizi pubblici o per tributi anche con strumenti diversi dal bonifico, fermo restando l'obbligo di documentazione. Anche per le spese minute, inferiori a 1.500 euro, essi possono utilizzare sistemi diversi dal bonifico, sempre documentando la spesa. Il contante non può essere comunque utilizzato nemmeno per queste ultime spese e l'eventuale fondo di cassa per le spese giornaliere deve essere costituito tramite bonifico o altro strumento idoneo alla tracciabilità a favore di un dipendente.

Infine, se il conto corrente dedicato è stato utilizzato per pagamenti estranei alla commessa, questo può essere reintegrato mediante bonifico o con altri strumenti adeguati a permettere la tracciabilità.

A fronte di tale struttura, quindi, emerge che l'appaltatore deve impiegare il conto corrente dedicato per tutti i pagamenti verso dipendenti e soggetti terzi per le attività inerenti (anche solo in parte) la commessa pubblica e reintegrare il conto qualora questo venga utilizzato per altri impieghi.

Nei commi successivi vengono riportati, infine, gli obblighi della stazione appaltante. Si tratta di quattro ordini di obblighi.

Il primo è quello di apporre codici di tracciamento sui pagamenti inerenti la commessa: gli strumenti di pagamento, infatti, devono riportare il "codice identificativo di gara" (CIG), che viene rilasciato dietro richiesta all'AVCP della stazione appaltante tramite procedura telematica.

L'Autorità, nelle proprie determinazioni, precisa che il CIG, non previsto dalla prima versione della legge, è obbligatorio per ciascun contratto e deve essere richiesto dal responsabile del procedimento in un momento antecedente l'emissione del bando di gara. Questo codice dovrà essere poi indicato al più tardi nell'ordinativo di pagamento. Se il contratto viene stipulato nell'ambito di un più ampio accordo quadro, il CIG deve essere richiesto oltre che per l'accordo a monte, anche per ciascun singolo contratto a valle, indicando il riferimento al CIG "originario".

E' prevista, inoltre, l'apposizione in aggiunta del "codice unico di progetto" (CUP), ove previsto. Si tratta di un codice nato per

esigenze di monitoraggio di tutti i progetti di investimento pubblico¹⁴.

Il secondo obbligo è dato dalla comunicazione che gli appaltatori o gli altri soggetti indicati devono fare alla stazione appaltante degli estremi del conto dedicato, delle generalità e del codice fiscale dei delegati ad operarvi e di ogni eventuale modifica degli stessi. Tale comunicazione deve essere effettuata entro sette giorni dall'accensione o dalla prima utilizzazione del conto.

A tal proposito l'Autorità precisa che i conti dedicati possono essere anche più di uno e, come anche successivamente confermato dal legislatore, possono esserlo anche in via non esclusiva. Ciò significa che la stessa ditta può utilizzare lo stesso conto per più commesse promiscuamente, purché per ciascuna di esse sia effettuata la comunicazione. Nella seconda determinazione l'Autorità risponde al problema applicativo segnalato in considerazione del fatto che spesso un fornitore intrattiene diversi contratti con una stessa amministrazione, determinando la necessità di comunicare più volte i dati inerenti il conto dedicato. La soluzione prospettata è quella di accettare un'unica comunicazione da parte dell'operatore, contenente esplicitamente la segnalazione che quelli sono i dati valevoli per tutti i rapporti contrattuali presenti e futuri.

Ulteriore obbligo per la stazione appaltante è quello di inserire nei contratti un'apposita clausola con cui le parti si assumono gli obblighi di tracciabilità. Si tratta di una previsione forte da parte del legislatore, la cui mancanza è sanzionata da due effetti: la nullità assoluta del contratto e la segnalazione da parte dell'appaltatore che se ne accorga alla Prefettura e alla stazione appaltante (per le subforniture e i subcontratti, in cui essa ha anche il ruolo di controllare che i contratti sottoscritti con i subfornitori e i subcontraenti contengano la clausola).

14 I “progetti di investimento pubblico” sono i progetti caratterizzati da:

- presenza di un decisore pubblico;
- previsione di un finanziamento pubblico;
- presenza di un obiettivo di sviluppo economico e sociale;
- previsione di un termine entro il quale raggiungere l'obiettivo.

Infine, il co. 9 *bis*, inserito nel testo legislativo modificato, stabilisce un rafforzativo di quanto previsto al primo comma in tema di modalità di pagamento. Accanto alla modalità principale del bonifico bancario o postale (inizialmente unica modalità prevista), il legislatore dà la possibilità di utilizzare anche altri strumenti di pagamento, purché idonei a consentire la tracciabilità delle operazioni.

L'AVCP nel proprio primo provvedimento interpretativo, esamina i più diffusi mezzi di pagamento alternativi al bonifico e dà alcune indicazioni. In particolare, rileva che, mentre le Ri.Ba. sono idonee a consentire la tracciabilità, l'impiego, peraltro attualmente molto diffuso, dei bollettini non la consente.

Il rafforzativo previsto da questa ultima norma è dato dalla previsione che il contratto si risolva all'utilizzo di un mezzo di pagamento non corretto.

Il dibattito apertosi fin dalla prima approvazione della legge si è soffermato in modo non trascurabile sulla tempistica di attuazione delle disposizioni.

La questione è stata inizialmente controversa in quanto la l. 13.8.2010, n. 136, non prevedeva espressamente una disciplina transitoria dei contratti già in essere alla data di entrata in vigore¹⁵.

Il ministero dell'interno, quindi, è intervenuto¹⁶ subito con proprio parere secondo il quale le disposizioni dovevano riferirsi esclusivamente ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge.

Il parere è, poi, stato confermato dal legislatore, che con la l. 17.12.2010, n. 217¹⁷, nei mesi successivi ha interpretato autenticamente il dettato legislativo nello stesso senso.

Con questo secondo intervento, inoltre, viene istituita una disciplina transitoria per i contratti “*a cavallo*” del 7.9.2010. In particolare, quelli stipulati precedentemente a questa data devono essere adeguati alle norme di tracciabilità entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. (ovvero entro il 18.06.2011).

15 La l. 13.8.2010, n. 136, è entrata in vigore il 7.9.2010.

16 Cfr. circ. 9.9.2010, n. 13001/118/Gab-.

17 Art. 6, co. 1 e 2, l. 17.12.2010, n. 217, che converte il d.l. 12.11.2010, n. 187.



All'atto pratico, quindi, è richiesto il rispetto dei quattro obblighi della stazione appaltante per gli effetti che si protraggono oltre il 18.6.2011 di tutti i contratti sottoscritti prima del 7.9.2010 (in particolare, pagamenti effettuati dopo il 18.6.2011). Il legislatore entra nello specifico dell'adempimento soltanto per quanto riguarda la clausola contrattuale di tracciabilità: considerando le esigenze di alleggerimento dagli oneri di controllo delle stazioni appaltanti, espresse anche dall'Autorità nella propria prima determinazione, viene prevista l'integrazione automatica dei contratti con le clausole. Quindi, se al 18.6.2010 le parti non hanno adeguato il contratto, questo è da ritenersi automaticamente integrato.

Sulla base anche dell'art. 1374 c.c., che stabilisce che il contratto obbliga le parti a quanto nel medesimo espresso, ma anche al rispetto delle norme di legge, ciò consente al legislatore di evitare la grave conseguenza della nullità assoluta del contratto non integrato, consentendo di abbattere anche gli alti costi connessi.

L'Autorità, esprimendosi a riguardo, prevede una sorta di "buona prassi" suggerendo alle stazioni appaltanti di lasciar agire l'integrazione automatica del contratto, comunicandola, poi, agli operatori economici con nota separata, contenente anche la comunicazione del CIG.

La significatività delle disposizioni previste dall'art. 3 della l.13.8.2010, n. 136, si può capire anche dall'importante quadro sanzionatorio che il legislatore ha configurato in relazione. Si tratta delle disposizioni contenute all'art. 6 della stessa legge, per lo più incentrate sulla modalità di effettuazione dei pagamenti.

In particolare, sono previste sanzioni pari ad una percentuale della transazione nei casi in cui non ci si avvalga per questa di una banca o di Poste Italiane Spa, non si utilizzi un conto dedicato, non si effettui con una modalità idonea a consentire la tracciabilità, non si reintegri il conto dedicato con bonifico. E' prevista una sanzione sempre calcolata in percentuale alla transazione per omessa indicazione di CIG e CUP. Infine, è prevista una sanzione di importo fisso per omessa, tardiva o incompleta comunicazione del conto dedi-

cato.

La normativa fin qui descritta rappresenta, dunque, un'assoluta novità per le stazioni appaltanti, con effetti e costi applicativi non indifferenti. Nella prima fase di attuazione, come sopra spiegato, la disciplina ha già subito un primo intervento interpretativo e modificativo da parte del legislatore, con cui alcuni punti critici sono stati affrontati. Tuttavia, diversi interrogativi permangono lasciando irrisolti problemi di non poco conto.

Indubbiamente una delle criticità più grosse è data dall'incremento dei costi amministrativi di gestione dei contratti e delle forniture.

Ciò, per quanto riguarda gli appaltatori, comporta soprattutto l'adeguamento dei propri apparati amministrativi al fine di essere in grado di controllare e gestire i flussi sul conto corrente dedicato. Seppur con intensità diverse legate alla diversificazione delle situazioni, è tuttavia facilmente intuibile come il problema investa necessariamente con nuovi costi la struttura amministrativa aziendale. La conseguenza che si sta prospettando, quindi, è quella che alcuni operatori economici si auto-escludano dal mercato per incapacità di adeguamento a questi maggiori costi "gratuiti" (che non comportano, cioè, maggiori ricavi). Ciò determinando un abbassamento del livello di concorrenzialità dei mercati.

Anche dal punto di vista delle stazioni appaltanti, tuttavia, la situazione non è migliore. Gli adempimenti connessi alla tracciabilità vanno ad aggiungersi, infatti, alla già complicata serie di adempimenti (in continuo divenire) a cui gli enti sono obbligati nelle operazioni di appalto e pagamento.

Ciò determina, anche in questo caso, la necessità di adeguare le proprie strutture amministrative, che, tuttavia, risultano ad oggi abbastanza ingessate da altre disposizioni di legge, se non anche dalla scarsità di risorse. Inoltre, vi è il rischio di rallentare ulteriormente i tempi di pagamento, con la difficoltà dei fornitori a sostenere il crescente aumento della dilazione della riscossione.

Inoltre, anche le modalità telematiche di richiesta del codice utilizzato per il tracciamento (il CIG) non sembrano molto snelle e di conseguenza appaiono poco adatte alla

quotidiana necessità di utilizzo.

Il codice identificativo di gara, infatti, è un codice che era già presente anche prima della normativa sulla tracciabilità ed era stato istituito con altre finalità. Le modalità di richiesta, che prevedono la comunicazione di diversi dati di dettaglio inerenti l'appalto, quindi, corrispondono a queste finalità. Esse risultano, tuttavia, inadeguate alle esigenze di snellezza per l'utilizzo ai fini della tracciabilità, che si configura come un adempimento che gli uffici devono svolgere quotidianamente.

Infine (la stessa Autorità ne prende atto) vi è il problema della tracciabilità per gli affidamenti diretti, che, essendo utilizzati dalle

amministrazioni con elevata frequenza, determina problemi di appesantimento dell'attività delle stazioni appaltanti.

Per avere una maggiore semplificazione, l'Autorità annuncia nella propria seconda determinazione di avere allo studio un sistema che consenta l'effettuazione di un unico adempimento in un dato intervallo temporale, per gli affidamenti diretti di servizi e forniture di importo inferiore ai 20.000 euro e per quelli di servizi inferiori a 40.000 euro.

Si rimane in attesa, quindi, di nuovi sviluppi su questo fronte, stando comunque ad oggi l'obbligo di tracciare singolarmente ciascuna commessa.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

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

Consiglio di Stato, Sez. VI, 31.3.2011, n. 1983
Responsabilità amministrativa - colpa - trattati comunitari - violazione - necessità - non sussiste - ipotesi residuali - necessità - sussiste.

Diritto comunitario - violazione - conseguenze - nullità - va esclusa - mera illegittimità - va affermata.

Per consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria, per la risarcibilità del danno da atto illegittimo de iure comunitario non è necessario dimostrare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'organo statale, in quanto l'elemento in questione è in re ipsa a fronte della violazione delle disposizioni del Trattato.

Nei restanti casi la risarcibilità richiede viceversa la dimostrazione della colpa, da ricondurre alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili.

Sussiste l'errore scusabile, il quale elide la colpevolezza, in ipotesi di oggettiva oscurità o rilevante complessità della fattispecie, per sovrabbondanza o repentino mutamento delle norme, per formulazione incerta di norme recenti, per contrasti giurisprudenziali, per influenza determinante di comportamenti di terzi, per illegittimità da successiva dichiarazione di incostituzionalità.

L'art. 21 septies l. n. 241/90, introdotto dalla l. n. 15/05, ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, escludendo, analogamente alla giurisprudenza precedente, la violazione del diritto comunitario, salvo che il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere che sia incompatibile con il diritto comunitario.

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.3.2011, n. 1796
Responsabilità - perdita di chance - tutela reale - esclusione - legittimità.

Danno da mero ritardo - ex art. 2 bis - fattispecie precedenti.

Risarcibilità - va esclusa.

Va escluso il risarcimento per equivalente della chance per illegittima esclusione da procedura concorsuale, quante volte la stessa venga tutelata in forma reale, mediante la concreta ri-ammissione del danneggiato, salvo il danno emergente legato al ritardo della procedura e alle spese aggiuntive sofferte.

La previsione dell'art. 2 bis, l. n. 241/90, secondo cui "Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento" si applica unicamente alle fattispecie successive all'entrata in vigore della l. 18.6.2009, n. 69, soggiacendo quelle precedenti alle coordinate tracciate dalla giurisprudenza di legittimità, che escludevano il risarcimento da ritardo provvedimento c.d. «mero», occorrendo verificare se il bene della vita finale sotteso all'interesse legittimo azionato fosse, o meno, dovuto.

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.3.2011, n. 1772
EE.LL. - diritto di accesso - configurazione - modalità di esercizio - l. 241/90 - derogabilità - potere - non sussiste.

Accesso - legittimazione - interesse indiretto - sussiste.

Accesso - materia ambientale - RR.SS.UU. - gestore - compenso - estraneità - va affermata.

Secondo il nutrito orientamento della giurisprudenza di legittimità la disposizione contenuta nell'art. 10, co. 1, d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (secondo cui "tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale, ad eccezione di quelli riservati per espressa disposizione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conforme-

mente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese"), sancisce il principio della pubblicità degli atti delle amministrazioni locali, senza tuttavia che ciò possa implicare una diversa configurazione del diritto di accesso, così come delineato dall'art. 25, l. 7.8.1990, n. 241, e senza neppure che la disposizione legittimi modalità differenziate di esercizio di tale diritto. Non sussiste pertanto alcuna derogabilità ai requisiti di accoglimento della domanda di accesso.

(Fattispecie relativa a disposizione di regolamento comunale in forza della quale l'accesso - per i soli cittadini residenti - non sarebbe subordinato alla dimostrazione dell'interesse, ritenuta legittima perché - in ipotesi - volta a consentire un controllo, generico e generalizzato dell'azione amministrativa che, lungi dal costituire un mezzo di partecipazione responsabile dei cittadini in ossequio ai principi di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione, determinerebbe un ingiustificato appesantimento e rallentamento della stessa attività amministrativa).

La richiesta di accesso deve essere supportata da un interesse concreto e attuale per la tutela di una situazione giuridicamente rilevante, nozione peraltro diversa e più ampia della posizione soggettiva qualificabile come diritto soggettivo o interesse legittimo, potendo la legittimazione all'accesso essere riconosciuta a chi possa dimostrare che gli atti - anche procedurali - richiesti abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto a quello relativo alla situazione legittimante eventualmente impugnativa dell'atto.

Non rientra nella disciplina dell'accesso in materia ambientale la liquidazione del gestore del servizio di raccolta RR.SS.UU. di somme a titolo di anticipazione del canone per lo svolgimento di detto servizio. Poiché infatti la disciplina relativa agli interessi ambientali fa eccezione alla regola generale in tema di accesso, deve essere intesa in senso assolutamente restrittivo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 21.3.2011, n. 1739

Danno da ritardo - provvedimento favorevole - ottenimento tardivo.

Risarcibilità - sussiste - successiva intrapresa dell'attività - irrilevanza.

Va affermata.

È pacifica la risarcibilità del danno da ritardo procedimentale nel caso di tardivo ottenimento del provvedimento favorevole, costituendo il detto ritardo un costo individuabile nella variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi all'intervento, condizionante finanche la relativa convenienza economica.

Il ritardo procedimentale è risarcibile indipendentemente dalle successive scelte del privato in ordine all'intrapresa dell'attività, essendosi ormai il danno già verificato nel condizionamento della convenienza economica di determinati investimenti.

Ogni cittadino e ogni impresa ha infatti diritto ad avere risposta dalle amministrazioni alle proprie istanze nel termine normativamente determinato e ciò proprio al fine di programmare le proprie attività e i propri investimenti.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.3.2011, n. 1468

CAP - artt. 139 ss. c.p.c. - osservanza - necessità - non sussiste.

L'art. 7, l. n. 241/1990 non reca una disciplina tipica delle forme e delle regole procedurali con le quali deve aver luogo la comunicazione dell'avvio del procedimento. Ne discende che ove non sia possibile la comunicazione diretta in mani del destinatario l'amministrazione ben può avvalersi del servizio postale, non dovendo necessariamente osservare il sistema di notificazione degli atti giudiziari a mezzo di ufficiale giudiziario.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 19.3.2011, n. 401

Provvedimento amministrativo - contrarietà a sentenza (impugnabile) del giudice di appello - nullità.

Va affermata.

È nullo per violazione del giudicato il provvedimento amministrativo contrario a sentenza del giudice di appello, ancorché ancora impugnabile dinanzi alla Corte di Cassazione, perché detta sentenza contiene un comando giurisdizionale che si impone inderogabilmente alle amministrazioni destinatarie, con il solo limite delle sopravvenienze di fatto o di diritto. Ogni pronuncia amministrativa di annullamento pri-



va difatti l'amministrazione del potere di provvedere sulla medesima vicenda già vagliata in sede giurisdizionale in modo difforme dalla decisione e tale carenza di potere è assimilabile a un difetto assoluto di attribuzione (che è ugualmente causa di nullità).

D'altronde è di immediata percezione come un diverso opinare si risolverebbe in un grave vulnus delle prerogative della giurisdizione i cui atti condizionano insuperabilmente il successivo esercizio della discrezionalità amministrativa.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 31.3.2011, n. 858

Responsabilità amministrativa - colpa - necessità - sussiste - privato.

Capziosa ricostruzione dei fatti - esclusione - va affermata.

Al fine della configurazione della responsabilità risarcitoria in capo alla PA deve ritenersi sussistente il requisito soggettivo della colpa, da escludersi quante volte il provvedimento illegittimo sia stato agevolato da una capziosa ricostruzione dei fatti ad opera della parte istante.

(Fattispecie relativa alla – illegittima - sospensione degli effetti dell'autorizzazione alla vendita all'ingrosso per false dichiarazioni, avendo la società istante omesso di riferire dell'esistenza di un procedimento penale in capo ad uno dei due soci, mediante la mera produzione di certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti relativi al socio indagato dai quali non risultava alcunché.

Il g.a. ha ritenuto illegittima la sospensione degli effetti del provvedimento favorevole sulla base della considerazione che il sequestro delle quote medio tempore intervenuto in danno del socio indagato avrebbe impedito ogni interferenza sulla vita della società ricorrente. Ha però rigettato la richiesta risarcitoria, poiché la documentazione trasmessa dal privato avrebbe tratto in inganno la pubblica autorità, confidando quest'ultima sulla bontà delle dichiarazioni rese. Argomenta infatti il Collegio che “il comportamento della ricorrente deve ritenersi certamente influente ai fini della decisione assunta dalla p.a. e quindi determina l'esclusione della colpa di quest'ultima nel momento in cui ha proceduto dell'adozione del provvedimento

che avrebbe cagionato il danno alla stessa ricorrente”.)

TAR Lazio, Sez. III ter, 15.3.2011, n. 2353

Diritto di accesso - legittimazione passiva - mera detenzione.

Irrelevanza - va affermata.

Ai fini della individuazione dell'amministrazione obbligata all'esibizione dei documenti richiesti ai sensi dell'art. 25 l. 7.8.1990, n. 241, il criterio della formazione del documento è quello principale e generale, mentre quello della detenzione dello stesso assume un rilievo secondario e sussidiario.

Segue da detta premessa, come corollario obbligato, che legittimata passiva deve intendersi (e presumersi) l'amministrazione che ha confezionato l'atto e, solo nell'ipotesi di successiva trasmissione della detenzione dello stesso a quella che lo detiene stabilmente, l'istanza di accesso può essere legittimamente rivolta a quest'ultima.

In altri termini, la materiale disponibilità del documento non costituisce criterio generale di individuazione dell'amministrazione obbligata a pronunciare sull'istanza di accesso ma assume rilevanza a detto fine esclusivamente nel caso in cui sia comprovata una concorrenza dei due criteri, con la conseguenza che ove l'amministrazione che ha formato il documento sia diversa da quella che in atto lo detiene stabilmente, deve attribuirsi prevalenza al criterio del possesso dell'atto.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 4.3.2011, n. 628

Accordi - risoluzione per inadempimento - competenza - giunta - va affermata.

In tema di accordi del procedimento ex art. 11 l. n. 241/1990, deve riconoscersi alla Giunta, in virtù della sua competenza ex art. 48 d. lgs. 267/2000, il potere della risoluzione dell'accordo, nel caso di inadempimento della controparte, previo accertamento dell'inadempimento stesso. L'atto di risoluzione si pone, infatti, come atto di esecuzione della stessa convenzione. La Giunta, infatti, essendo un organo dotato di una competenza amministrativa generale, può accertare se sussistano o meno i presupposti tali da far venire meno gli effetti dell'accordo.

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

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.2.2011, n. 854

Servizi pubblici locali - affidamento in house - art. 113 TUEL - requisiti - approfondita motivazione - non occorre - previa valutazione comparativa - è necessaria.

La scelta di non trasferire ad un soggetto terzo la funzione amministrativa atta a soddisfare la domanda relativa ad un pubblico servizio, come previsto pure dal Trattato CE, costituisce per la PA una facoltà legittima posto che l'art. 113, co. 5, del TUEL stabilisce modalità alternative di gestione dei servizi pubblici locali, tra le quali rientra pure il conferimento degli stessi a favore di società a capitale interamente pubblico, sempre possibile ove ricorrano i requisiti ivi indicati; pertanto, può convenirsi che non occorra un'approfondita motivazione in ordine a tale scelta purché venga dimostrata, oltre alla sussistenza dei presupposti all'uopo necessari, la convenienza rispetto all'affidamento del servizio a soggetti terzi, mentre in difetto di ciò detta decisione diviene del tutto immotivata, nonché contraria al principio di buona amministrazione cui deve sempre conformarsi l'operato della PA.

La fattispecie di cui è massima trae origine dalla scelta di un comune di affidare il servizio di distribuzione dell'acqua irrigua all'interno del proprio territorio, nonché la gestione del relativo acquedotto, ad una società per azioni a capitale interamente pubblico, partecipata dal comune stesso, senza quindi ricorrere ad un'apposita procedura di gara ad evidenza pubblica. L'art. 113, co. 5, TUEL ed il successivo art. 23 bis l. n. 133/2008, infatti, consentono di procedere all'affidamento in house, in alternativa alle ordinarie modalità d'affidamento dei pubblici servizi, in presenza dei presupposti ivi indicati.

La descritta decisione, tuttavia, è stata avversata in giudizio da una società privata concorrente, soprattutto sotto il profilo motivazionale.

Ebbene il Giudice di prime cure, nonostante l'esistenza dei requisiti prescritti nelle citate disposizioni, ha accolto il ricorso proposto dalla suddetta società censurando, in particolar modo, l'omessa valutazione della PA in merito alla

convenienza dell'affidamento diretto rispetto alle procedure alternative ad esso.

In altri termini, pur non pretendendo un'approfondita motivazione in ordine a tale scelta, il TAR adito ha ritenuto illegittimo che gli organismi competenti l'avessero compiuta in assenza di una previa valutazione comparativa circa le altre e possibili modalità d'affidamento, come peraltro richiesto dallo statuto comunale.

E questo assunto è stato ribadito dai Giudici di Palazzo Spada che pur facendo cenno, al pari del TAR, all'esistenza di un opposto orientamento giurisprudenziale (secondo il quale detta valutazione occorrerebbe soltanto per affidare il servizio a soggetti terzi rispetto all'amministrazione, e non anche nell'ipotesi di affidamento in house, in cui quest'ultima dovrebbe invece limitarsi a dimostrare la sussistenza delle condizioni legittimanti un simile assetto gestionale), hanno confermato la sentenza di primo grado, specificando altresì che alla relazione introduttiva ad una delibera comunale, ed al susseguente e correlato dibattito consiliare non può riconoscersi alcun effetto sanante rispetto al vizio rilevato, in quanto inidonei a dare contezza delle concrete valutazioni effettuate dall'amministrazione.

Il CdS, infine, ha precisato che il predetto obbligo di previa valutazione comparativa, sebbene non esplicitato dal legislatore, invero sussisterebbe e sarebbe esteso a qualsiasi forma di gestione inerente ai servizi pubblici locali, interna od esterna, in ossequio al principio di buon andamento costituzionalmente previsto (*Red. Ilaria Di Toro*).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.1.2011 n. 693.

Amministratori locali - art. 78 TUEL - astensione membri dei collegi amministrativi - in caso di conflitto d'interesse.

Amministratori locali - art. 78 TUEL - astensione del consigliere comunale - in caso di interesse alla deliberazione - sussiste - fattispecie.

Amministratori locali - art. 78 TUEL - atti a carattere generale - conflitto d'interesse - astensione dalla discussione e votazione - in

caso di specifici interessi dell'amministratore o di parenti e affini - sussiste.

Amministratori locali - art. 78 TUEL - obbligo di astensione degli amministratori pubblici - non si applica agli atti normativi e generali - interesse immediato e diretto fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi del consigliere o del congiunto - eccezione.

L'art. 78, co. 2, del d. lgs 267 del 2000 è espressione di un obbligo generale di astensione dei membri di collegi amministrativi che si vengano a trovare in posizione di conflitto di interessi perché portatori di interessi personali, diretti o indiretti, in contrasto potenziale con l'interesse pubblico, individuandosi tale conflitto, nei suoi termini essenziali valevoli per ciascun ramo del diritto, nel contrasto tra due interessi facenti capo alla stessa persona, uno dei quali di tipo "istituzionale" ed un altro di tipo personale; pertanto, l'amministratore deve astenersi al minimo sentore di conflitto di interessi, reale o potenziale che sia; la deroga divisa per gli atti generali e normativi, oltre a non essere assoluta (perché qualora si profili il concreto interesse personale si ripristina l'obbligo di astensione), è da considerarsi tassativa ed incapace quindi, di incidere sul perimetro della fattispecie ampliandolo internamente.

La regola della astensione del consigliere comunale deve trovare applicazione in tutti i casi in cui il consigliere, per ragioni obiettive, non si trovi in posizione di assoluta serenità rispetto alle decisioni da adottare di natura discrezionale; in tal senso il concetto di "interesse" del consigliere alla deliberazione comprende ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali, comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire alla adozione di una delibera.

L'amministratore pubblico, in base al disposto dell'art. 78 d. lgs. n. 267 del 2000, relativamente agli atti a carattere generale (quali gli strumenti urbanistici) deve astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione nei soli casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado. Tale obbligo di allontanamento dalla seduta, in quanto dettato al fine di garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, sorge

per il solo fatto che l'amministratore rivesta una posizione suscettibile di determinare, anche in astratto, un conflitto di interesse, a nulla rilevando che lo specifico fine privato sia stato o meno realizzato e che si sia prodotto o meno un concreto pregiudizio per la PA.

La seconda parte del co. 2 dell'art. 78 d. lgs. n. 267 del 2000, nel porre una regola di attenuazione alla generale annullabilità, seguendo una ratio di conservazione degli atti potenzialmente invalidi, prevede che l'obbligo di astensione degli amministratori pubblici non si applica agli atti normativi e generali (regola generale) se non quando sussista un interesse immediato e diretto fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi del consigliere o del congiunto (eccezione); pertanto, è evidente che, se sussiste un interesse immediato e diretto in caso di adozione di piano attuativo, sussiste certamente l'obbligo di astensione.

Come è noto, l'obbligo di astensione trova il suo fondamento nel principio costituzionale di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa (art. 97 cost.).

La giurisprudenza sul tema dell'obbligo di astensione per conflitto di interessi da parte dei soggetti appartenenti ad organi collegiali, ha chiarito come lo stesso ricorra per il solo fatto che essi siano portatori di interessi personali che possano trovarsi in posizione di conflittualità, ovvero anche solo di divergenza, rispetto a quello generale, affidato alle cure dell'organo di cui fanno parte.

L'art. 78 del TUEL prevede, difatti, che "gli amministratori di cui all'art. 77, co.2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado. L'obbligo di astensione non si applica ai provvedimenti normativi o di carattere generale, quali i piani urbanistici, se non nei casi in cui sussista una correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al quarto grado".

Per i giudici amministrativi il concetto di "interesse" del consigliere alla deliberazione comprende ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali, comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire all'adozione di una delibera.

Inoltre, la violazione dell'obbligo di astensione sussiste non solo nel caso di partecipazione alla

votazione del consigliere in conflitto di interessi, ma anche nel caso di partecipazione alla discussione. Infatti anche coloro che si limitano a prender parte alla discussione contribuiscono alla formazione della volontà dell'organo collegiale e possono incidere anche sulla votazione integrando il *quorum* costitutivo della seduta. Deve inoltre sussistere un collegamento tra il contenuto della deliberazione e l'interesse del consigliere che, con riferimento agli atti pianificatori e generali la legge definisce come correlazione immediata e diretta (*Red. Valeria Coppola*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.1.2011, n. 552

Servizio illuminazione votiva cimiteri comunali - gestione diretta e affidamento diretto - distinzione - gestione diretta - praticabilità.

Affidamento diretto - gara ad evidenza pubblica - rispetto regime comunitario libera concorrenza.

La gestione diretta di un servizio pubblico a rilevanza economica da parte dell'ente locale è sempre praticabile quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario, al contrario, l'affidamento diretto, in quanto postula l'attribuzione della gestione di un servizio all'esterno del comune, non può che accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica, rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza.

Nessuna norma obbliga i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani ed handicappati, asili nido, mense scolastiche scuola – bus, biblioteche, impianti sportivi) laddove la maggior parte dei comuni italiani preferisca amministrarli in via diretta ed in economia, sicché nel caso di una differente scelta, il conferimento a terzi deve avvenire tramite una gara, rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza.

Il caso oggetto della pronuncia in commento trae origine dalla impugnativa da parte di una società di una deliberazione della Giunta comunale avente ad oggetto la gestione diretta del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali. Tale deliberazione veniva impugnata dalla ricorrente per violazione dell'art. 113 TUEL e dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, adducendo che, la gestione dell'illuminazione votiva cimiteriale, in quanto servizio pubblico a rilevanza economica, si sarebbe dovuta esercitare con l'affidamento mediante procedure competi-

tive ad evidenza pubblica ai sensi del citato art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, oppure in via eccezionale con l'affidamento a società *in house*, giammai con la gestione diretta.

Il comune non si costituiva in giudizio e i giudici di prime cure accoglievano il ricorso con sentenza breve, con conseguente annullamento della deliberazione impugnata, motivando che l'art. 113 TUEL, nella parte non in contrasto con l'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, non avrebbe previsto l'affidamento diretto come modalità di gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica, nel rispetto della disciplina comunitaria. Pertanto, la scelta operata dal comune risultava palesemente illegittima.

La sentenza veniva appellata dal comune ed i giudici di secondo grado accoglievano l'appello sulla scorta della mancata distinzione tra la gestione diretta, sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto per attività di modesto impegno finanziario, ed affidamento diretto, non praticabile senza gara ad evidenza pubblica.

Giova peraltro sottolineare che il Consiglio di Stato ha ritenuto inverosimile che un comune di non eccessiva grandezza non avesse potuto gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, laddove le formalità di indizione della gara pubblica sarebbero state di gran lunga più dispendiose (*Red. Alessandra Domenici*).

Consiglio di Stato, Sez. V, 25.1.2011, n. 537

Comuni e province - difensore civico - mozione di accompagnamento alla candidatura di difensore civico - manifestazione di gradimento da parte dell'organo rappresentativo dell'ente locale.

La mozione di accompagnamento alla candidatura di difensore civico presentata da un decimo dei consiglieri comunali non costituisce documento da allegare al momento della presentazione della dichiarazione di manifestazione di disponibilità da parte degli aspiranti, da farsi pervenire al protocollo dell'ente entro il termine perentorio di 20 giorni dalla pubblicazione dell'avviso, in quanto non rientra tra i documenti da allegare alla domanda in base alle previsioni dell'avviso pubblico; tali documenti, infatti, sono relativi ai requisiti di idoneità generale e tecnico professionale mentre la mozione costituisce una manifestazione di gradimento da parte dell'organo rappresentativo dell'ente locale rispetto al candidato che abbia già



acquisito tale qualifica per effetto della presentazione della domanda.

La vicenda portata all'esame del Giudice Amministrativo concerne la legittimità degli atti della procedura indetta da un comune per la nomina del proprio difensore civico. L'avviso pubblico con cui era stato dato avvio al procedimento di nomina, prevedeva per la partecipazione alla selezione una serie di requisiti e prescriveva che detti requisiti fossero comprovati dal candidato con apposita dichiarazione e allegazione di documenti; nell'avviso era altresì stabilito che le candidature dovessero essere avanzate con mozione sottoscritta da almeno 1/10 dei consiglieri comunali assegnati o, alternativamente con sottoscrizione di almeno 200 cittadini.

Nella specie, pervenivano al Consiglio comunale due candidature, la prima avanzata con mozione presentata da un 1/10 dei consiglieri, la seconda invece priva di tale requisito; pertanto, ritenendo quest'ultima candidatura difforme rispetto a quanto previsto dallo statuto e dall'avviso pubblico, ne veniva disposta l'esclusione e si ammetteva alla votazione un unico candidato.

Il candidato escluso presentava, innanzi al TAR Campania, ricorso avverso l'estromissione dalla procedura e contro la nomina dell'altro candidato; a sostegno dell'illegittimità della propria esclusione, il ricorrente deduceva che l'avviso pubblico non prevedeva affatto che ai fini della presentazione delle istanze di manifestazione di interesse fosse necessario allegare la mozione dei consiglieri comunali, atteso che tale requisito riguardava la sola candidatura.

I Giudici del TAR Campania, ritenendo fondati i motivi volti a contestare la legittimità del provvedimento di esclusione, accoglievano il ricorso.

Ebbene, con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi sull'impugnativa della sentenza del TAR Campania, da parte del candidato risultato vincitore della selezione.

In tale occasione, i Giudici di Palazzo Spada confermando la decisione del Primo Giudice, hanno chiarito che la mozione di accompagnamento presentata da un decimo dei consiglieri costituisce una manifestazione di gradimento preliminare nei confronti del singolo candidato alla nomina di difensore civico e che, nel caso di specie, essa non poteva essere considerata quale documento da allegare necessariamente al

momento della presentazione della dichiarazione di disponibilità alla nomina; infatti, in base a quanto previsto dall'avviso, gli aspiranti alla nomina di difensore civico dovevano essere in possesso di alcuni specifici requisiti, tra i quali non figurava la mozione dei consiglieri comunali, inoltre, con riferimento alla documentazione da allegare alla dichiarazione di disponibilità alla nomina, essa atteneva soltanto ai requisiti di idoneità personale e tecnico professionale, essendo limitata ai titoli di studio e ai titoli professionali comprovanti *status* ed esperienze necessarie a ricoprire la carica, nonché al *curriculum vitae* e a dichiarazioni di assenza di cause di ineleggibilità o incompatibilità.

Entrambi i Collegi, dunque, hanno riconosciuto la struttura bifasica del procedimento di nomina del difensore civico, rispetto al quale, la mozione di gradimento rappresenta una sorta di preventivo orientamento dei consiglieri, sicché essa non poteva che assumere rilevanza all'esito della presentazione delle candidature e dell'esaurimento della fase preliminare, di verifica del possesso dei predetti requisiti generali di idoneità tecnica e curriculare (*Red. Fabiana Misino*).

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 28.3.2011, n. 179.
Comuni e province - consiglio comunale e sindaco - art. 50 d. lgs. n. 267 del 2000 - potere di nomina del sindaco di rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni - giudizio di affidabilità - venire meno del rapporto fiduciario - legittimazione del sindaco a procedere alla revoca della nomina con provvedimento motivato - non obbligatorietà della motivazione.

Le nomine e le designazioni effettuate da parte del consiglio comunale e del sindaco dei rappresentanti dell'ente locale presso enti, aziende ed istituzioni, previste da norme di legge, regolamentari o dagli statuti di questi ultimi, da disporsi nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 50 del d. lgs. n. 267 del 2000, devono considerarsi di carattere fiduciario, nel senso che riflettono un giudizio di affidabilità, espresso attraverso la nomina, basato non soltanto sulle capacità tecniche e professionali del nominato, ma anche sulla ritenuta idoneità del medesimo di rappresentare gli indirizzi di politica amministrativa e gestionale di chi l'ha designato, orientando l'azione dell'organismo nel quale si trova ad operare in senso quanto più conforme agli interessi di chi gli ha conferito l'incarico;

ne consegue che, nel caso in cui, in pendenza del mandato, venga meno il rapporto fiduciario, il sindaco può procedere alla revoca della nomina con provvedimento motivato; pertanto, nessuno specifico obbligo di motivazione deve ritenersi sussistere per quanto attiene invece la scelta operata tra i candidati, proprio in virtù della natura fiduciaria della scelta (in termini analoghi ai principi di cui in massima, cfr. *ex multis* TAR Marche, I, 27.6.2007 n. 1171).

La sentenza in oggetto offre lo spunto per aprire una breve parentesi sul potere di nomina del Sindaco di cui all'art. 50 co. 8 del d. lgs. n. 267 del 2000 che in tal modo recita: "Sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni".

Come si evince dalla disposizione, le nomine e le designazioni dei rappresentanti del comune effettuate dal sindaco non scaturiscono da procedure concorsuali ma sono effettuate sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio comunale ed hanno carattere fiduciario, di conseguenza esigono controllo, in quanto riflettono un giudizio di affidabilità non soltanto sulle qualità e sulle capacità professionali dei nominati o dei designati, ma anche sulla idoneità di questi a garantire una gestione coerente con gli indirizzi di politica amministrativa propri dell'ente (TAR Marche I, 27.6.2007, n. 1171).

Tali nomine riflettono dunque un giudizio di affidabilità, ovvero la fiducia sulla capacità del nominato di rappresentare gli indirizzi di chi l'ha designato, orientando l'azione dell'organismo nel quale si trova ad operare nel modo quanto più conforme possibile agli indirizzi di chi gli ha conferito l'incarico.

Ciò risponde alle regole di diritto comune, le quali esigono non soltanto che i poteri del rappresentante siano conferiti dal rappresentato, ma anche che persista il rapporto fiduciario tra l'uno e l'altro.

Ne consegue, perciò, che la cessazione del mandato del Sindaco e lo scioglimento del consiglio comunale finiscono inevitabilmente con il travolgere tutte le nomine effettuate durante il mandato elettivo (CdS, V, 28.1.2005 n. 178).

Il rappresentante del comune presso enti ed istituzioni è dunque un soggetto che nel rapporto di fiducia politica ha trovato la principale,

se non proprio l'unica, ragione di preposizione all'incarico (cfr. TAR Sardegna, 19.3.2003, n. 311) e, stante il prevalente orientamento giurisprudenziale (cfr. tra le tante, TAR Puglia, Ba, 26.4.2001 n. 1314 e CdS, V, 9.1.2001 n. 6) il potere di revoca di tale figura è immanente al rapporto che lega il rappresentante all'ente locale che lo ha nominato.

Il Sindaco, benché titolare degli atti di indirizzo politico-amministrativo e tenuto a rispettare l'autonomia dirigenziale, ha comunque l'onere di un costante e diligente controllo sul buon andamento degli uffici comunali.

D'altro canto, il principio esposto, per la sua necessità, è risalente nel tempo: si è, "ex multis", affermato che il "Sindaco stesso è tenuto, ai sensi dell'art. 151 del T.U. comunale e provinciale (r.d. 4.2.1915, n. 8) a sovrintendere a tutti gli uffici ed istituti comunali." (C. conti, II, 2.5.2005, n. 141).

Ora quanto una siffatta interpretazione, valevole indistintamente per tutti gli enti e le istituzioni per le quali i comuni e le province si vedono riconosciuti poteri di nomina, possa incoraggiare prassi distorsive e di tipo clientelare è fin troppo evidente così come, sotto altro profilo, appare in verità dubbia la sua piena conformità con l'art. 97 cost. il quale, com'è noto, sancisce i principi costituzionali della imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione generalmente intesa. E' da evidenziarsi come tali poteri di nomina pur presentando un tasso di discrezionalità piuttosto ampio non sono sottratti al principio di legalità ed al sindacato del giudice amministrativo sotto il profilo di un eventuale eccesso di potere (cfr. Tar Puglia, II, 15.5. 2006, n. 1759) (*Red. Diana Crudo*).

TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 15.2.2011, n. 277.

Sindaco - ordinanze contingibili ed urgenti - artt. 50 e 54 del d. lgs. n. 267 del 2000 - in materia di sanità ed igiene - presupposti e condizioni di emanazione - fattispecie.

Gli artt. 50 e 54 TUEL attribuiscono al Sindaco il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti in materia di sanità ed igiene sempreché sussistano i presupposti della straordinarietà e dell'urgenza della situazione; pertanto, dovrà in primo luogo esistere una situazione di effettivo pericolo di danno grave ed imminente per l'incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, da esternare, inoltre, con un provvedi-

mento congruamente motivato. In ulteriore aggiunta, il pericolo dovrà essere caratterizzato dall'estremo dell'eccezionalità, tale da rendere indispensabile interventi immediati ed indilazionabili, consistenti nell'imposizione di obblighi di fare o di non fare a carico del privato.

Tale è il principio della sentenza n. 277 del 15.2.2011, con la quale il TAR Sicilia ha ritenuto di dover accogliere il ricorso presentato avverso l'ordinanza del Sindaco di Ribera n. 29 del 18.11.2010 con la quale erano stati esercitati, del tutto arbitrariamente, dei poteri *extra ordinem* di competenza sindacale in merito alla disciplina di diffusione manuale di materiale pubblicitario.

La sentenza di cui è massima prende le mosse da un'attenta analisi degli articoli 50 e 54 del d. lgs. n. 267 del 2000, richiamandone la originaria formulazione e soffermandosi sulle modifiche apportate dalla l. n. 125 del 2008, la quale ha notevolmente ampliato la competenza del Sindaco in materia di ordine pubblico e sicurezza urbana.

Nella fattispecie, però, il TAR non ritiene di poter aderire all'indirizzo sostenuto dalla resistente amministrazione, secondo il quale i poteri esercitabili dai Sindaci sarebbero sganciati dal presupposto della contingibilità e dell'urgenza alla luce delle modifiche apportate all'art. 54 d. lgs. 267 del 2000 dalla normativa in materia di sicurezza pubblica

Viene ribadito, infatti, 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.

Nella fattispecie, infatti, il TAR ritiene che il provvedimento impugnato si presenti, da un lato, non adeguatamente motivato nella parte in cui, a fronte dei divieti ivi disposti, opera un richiamo alla possibilità del nocimento per il decoro della città e per l'igiene pubblica ad opera dei soggetti materialmente distributori di volantini e *depliant*s, senza che emerga alcun riferimento a specifiche situazioni di emergenza sanitaria o di tutela dell'igiene pubblica, le sole tutelabili con un intervento indilazionabile ai sensi dell'art. 50, co. 5 d. lgs. 267 del 2000; per altro verso, fa riferimento ad una situazione né eccezionale, né tantomeno imprevedibile (sebbene meritevole di attenzione) cui l'ammi-

nistrazione comunale deve far fronte attraverso l'esercizio degli ordinari poteri di prevenzione, vigilanza e controllo alla stessa assegnati dalla vigente normativa (Red. Valentina Mariani).

TAR Veneto, Sez. III, 12.1.2011, n. 32

Comuni e province - sindaco - ordinanza ex art. 50, co. 7, TUEL - orario esercizi commerciali - temperamento interessi coinvolti - necessità.

Comuni e province - sindaco - ordinanza ex art. 50, co. 7, TUEL - orario esercizi commerciali - conformità agli indirizzi espressi dall'organo consiliare - limiti.

Ai sensi dell'art. 50, co. 7, del d. lgs. n. 267 del 2000 compete al Sindaco fissare gli orari degli esercizi commerciali tenendo conto della molteplicità degli interessi coinvolti, che non riguardano solo quelli degli operatori economici direttamente interessati e quelli dell'utenza, ma anche gli interessi dei residenti che subiscono conseguenze di rilevante disagio dal protrarsi di attività rumorose nelle ore serali.

L'art. 50, co. 7, del d. lgs. n. 267 del 2000 impone all'ordinanza del sindaco un vincolo di conformità agli indirizzi del consiglio comunale solo ove gli stessi siano già stati espressi, senza subordinare l'esercizio del potere di fissare gli orari degli esercizi commerciali alla previa adozione di un atto di indirizzo dell'organo consiliare.

La fattispecie in epigrafe trae origine da un'ordinanza adottata dal Sindaco di un comune ai sensi dell'art. 50, co. 7, del TUEL, mediante la quale veniva fissato l'orario massimo di apertura giornaliero dei centri di estetica nella fascia oraria compresa tra le 7.00 e le 19.30, in luogo della precedente disciplina maggiormente permissiva.

Avverso tale ordinanza proponeva ricorso la titolare di un centro di trattamenti estetici e di attività ginniche, lamentando l'illegittimità del provvedimento per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa nonché per violazione dell'art. 50, co. 7, del d. lgs. 267 del 2000. Secondo la ricorrente, eventuali violazioni delle precedenti disposizioni sugli orari avrebbero dovuto dar luogo all'applicazione di sanzioni e non ad una nuova disciplina, non idonea né necessaria a porsi come rimedio a singole, anche se diffuse, inosservanze.

Invero, come ha ritenuto il TAR Veneto, la determinazione degli orari opera su un piano

diverso da quello sanzionatorio, in quanto volta a contemperare le legittime aspettative dei centri di trattamenti estetici, nei quali si svolgono anche attività dalle quali si propagano rumori, con le altrettanto legittime esigenze dei vicini e dei condomini che risiedono negli stessi stabili a non subire disturbi in orari in cui si svolgono quelle primarie ed insopprimibili esigenze di vita quotidiana che connotano l'uso abitativo degli immobili.

Sotto il diverso profilo della violazione dell'art. 5 cit., la ricorrente evidenziava l'illegittimità della ordinanza in quanto adottata in assenza degli indirizzi espressi dal Consiglio comunale. Il Giudice amministrativo, rigettando il ricorso, ha rilevato l'insussistenza della dedotta violazione, posto che non è possibile affermare che il potere regolatorio facente capo al Sindaco debba necessariamente essere preceduto da un atto di indirizzo del Consiglio comunale, dovendo piuttosto ritenersi che la citata disposizione imponga la conformità dell'ordinanza sindacale agli indirizzi dell'organo consiliare, soltanto qualora gli stessi siano già esistenti (*Red. Ilaria De Nicola*).

TAR Puglia, Ba, Sez. I, 10.2.2011, n. 251

Comuni e province - ordinamento finanziario e contabile - dimostrazione e rilevazione dei risultati di gestione - relazione dei revisori dei conti - deposito entro il termine ex art. 227 TUEL - non è necessario.

Deve ritenersi che il termine dilatorio di venti giorni di cui all'art. 227 d. lgs. 267 del 2000 non si riferisca alla relazione dei revisori dei conti ma al rendiconto generale, che a norma dello stesso art. 227 si compone del bilancio di conto economico e del conto del patrimonio; pertanto, non è condivisibile l'assunto circa la necessità che la relazione dei revisori dei conti debba essere depositata in uno con la proposta di rendiconto e nei termini fissati per quest'ultimo documento, mancando una previsione normativa in tal senso.

La fattispecie da cui trae origine la sentenza di cui è massima riguarda due deliberazioni di un consiglio comunale, relative la prima all'approvazione del rendiconto di gestione, la seconda alla ricognizione sullo stato di attuazione dei programmi e di verifica della salvaguardia degli equilibri di bilancio, ai sensi dell'art. 193 del t.u. n. 267 del 2000, nonché il ripiano del disavanzo di ammini-

strazione derivante dal rendiconto di gestione. Avverso le due deliberazioni proponeva ricorso il gruppo consiliare costituito dai consiglieri di minoranza, adducendo la violazione del Regolamento di contabilità del Comune e dell'art. 227, co.2 e 5, del d. lgs. 267 del 2000, in quanto la relazione dei revisori dei conti non sarebbe stata messa a disposizione dei consiglieri comunali 20 giorni prima della deliberazione di approvazione del rendiconto di gestione.

Il TAR Puglia, con la sentenza in commento, ha respinto il ricorso dichiarandolo infondato nel merito. La censura per cui la proposta di rendiconto di gestione, messa a disposizione dei consiglieri 20 giorni prima della delibera di approvazione come previsto dal Regolamento comunale di contabilità, non avrebbe in realtà rispettato detto termine perché priva della relazione dei revisori dei conti, depositata solo quattro giorni prima della seduta, è infondata.

Infatti, l'art. 227 cit. prevede che sono parte del rendiconto generale il conto del bilancio, il conto economico ed il conto del patrimonio; tali documenti sono stati effettivamente messi a disposizione dei consiglieri nel rispetto del termine dilatorio di 20 giorni prima della seduta del consiglio, mentre non esiste alcuna previsione normativa che obblighi al deposito della relazione dei revisori dei conti insieme alla proposta di rendiconto e nel rispetto dei termini previsti per quest'ultimo documento.

Lo *spatium* da rispettare per il deposito della relazione coincide con quello previsto dal regolamento comunale per il deposito degli atti oggetto di discussione e posti all'ordine del giorno, che in questo caso, essendo di quattro giorni, risulta rispettato. Il termine di venti giorni previsto dal predetto art. 227 deve quindi ritenersi riferito al rendiconto generale e non alla relazione dei revisori dei conti, anche in conformità con l'art. 239, co. 1, del suddetto t.u., che impone per il deposito della relazione un termine di venti giorni decorrente dalla trasmissione della proposta formulata dalla Giunta, il che esclude che i due documenti debbano essere presentati contestualmente.

Quanto sin qui esposto toglie pregio anche alla censura di illegittimità derivata della de-

liberazione avente ad oggetto la ricognizione sullo stato di attuazione dei programmi e verifica di salvaguardia degli equilibri di bilancio ai sensi dell'art. 193 del t.u. 267 del 2000 e del provvedimento di ripiano del disavanzo di amministrazione derivante dal rendiconto di gestione (*Red. Sibilla Ottoni*).

TAR Campania, Sa, Sez. II, 18.1.2011, n. 75

Comuni e province - organizzazione - ufficio legale - diretta connessione con il vertice decisionale - necessità - subordinazione ad un ufficio di coordinamento - illegittimità.

Comuni e province - organizzazione - ufficio legale - designazione degli incarichi di difesa - competenza gestionale - attribuzione al presidente della Provincia - illegittimità.

Comuni e province - organizzazione - ufficio legale - designazione degli incarichi di difesa - riconducibilità ex art. 50 TUEL al presidente della provincia - esclusione.

L'istituzione di un ufficio legale nell'ambito di un ente pubblico determina l'insorgenza di una struttura che si differenzia da ogni altro centro operativo e postula una diretta connessione unicamente con il vertice decisionale dell'ente stesso, al di fuori, quindi, di ogni altra intermediazione; pertanto, confligge con i richiamati principi il regolamento che, nell'istituire un ufficio legale quale servizio autonomo, ma nell'ambito di un ufficio di settore, collochi quest'ultimo all'interno di un ufficio di coordinamento, con la possibilità di menomare seriamente, in tal caso, l'autonomia e l'indipendenza del professionista, in forza dei molteplici livelli di controllo e coordinamento cui è soggetto in forza della struttura organizzativa prescelta.

E' illegittima la disposizione, contenuta nel regolamento per la disciplina dell'avvocatura provinciale, ai sensi della quale gli incarichi di difesa in giudizio dell'ente sono attribuiti dal dirigente dell'avvocatura "su indicazione del presidente della provincia"; ed infatti, l'individuazione del soggetto cui conferire, di volta in volta, gli incarichi di difesa in giudizio dell'ente integra una competenza strettamente gestionale, in quanto tale incompatibile, in via di principio con le funzioni di indirizzo politico proprie del presidente della provincia.

Con riferimento alla previsione legislativa di cui all'art. 50 TUEL, che attribuisce al presidente della provincia la rappresentanza dell'ente, deve escludersi che ad essa, inerente

al conferimento della procura alle liti, sia riconducibile la potestà di affidamento dell'incarico di difesa.

Con la sentenza per cui è massima, il TAR Salerno si è pronunciato, in accoglimento del ricorso, rilevando l'illegittimità della riorganizzazione strutturale della dirigenza e dell'organizzazione dell'avvocatura provinciale, nella parte in cui aveva equiparato, sul piano funzionale, il settore affari legali e contenzioso a tutti gli altri settori dell'ente e, conseguentemente, sottoposto il medesimo ai poteri di sovrintendenza e di coordinamento attribuiti in via ordinaria al direttore generale dell'ente medesimo, parificando altresì la posizione del dirigente-capo dell'avvocatura a quella di tutti gli altri dirigenti di settore.

Sul punto, il giudice amministrativo ha rilevato la palese violazione dei principi ricavabili dall'art. 3 del r.d. n. 1578/1933 e dall'art. 15, co. 2 della l.n. 70/1975 che, così come interpretati dalla prevalente giurisprudenza, impongono la collocazione dell'ufficio legale in una posizione di autonomia e di indipendenza, rispetto a tutte le altre strutture amministrative, per essere sottoposto esclusivamente al vertice decisionale dell'ente pubblico (CdS, V, 15.9.2004, n. 6023; TAR Molise, 9.1.2002, n. 1).

D'altronde, come più volte evidenziato dalla stessa giurisprudenza, l'iscrizione nell'albo speciale degli avvocati degli enti pubblici, ex art. 3 r.d. n. 1578/193, richiede l'esistenza, presso l'ente, di un ufficio legale costituente un'unità organica autonoma e richiede, altresì, che coloro i quali ne sono addetti esercitino le loro funzioni di competenza con libertà ed autonomia, oltre che con sostanziale estraneità all'apparato amministrativo, ovvero sia in posizione di indipendenza da tutti i settori previsti in organico e con esclusione di ogni attività di gestione (così Cass. Civ., Sez. Un., 18.4.2002, n. 5559; CdS, V, 15.10.2009, n. 6336).

E' di tutta evidenza, sottolinea il TAR, che allora la sottoposizione dell'avvocatura provinciale ad un ufficio di coordinamento incide seriamente sull'autonomia e l'indipendenza del professionista, inficiando il libero e sereno esercizio, da parte dei componenti dell'avvocatura, delle attività difensive, attività che per la loro natura non tollerano condizionamenti ispirati a logiche eterogenee rispetto a quelle che devono guidare le scelte professionali dell'avvocato, a tutela degli interessi dell'ente di appartenenza.

Per motivi diversi, illegittima è stata anche ritenuta la disposizione del neo introdotto regolamento per la disciplina dell'avvocatura provinciale, ai sensi del quale gli incarichi di difesa in giudizio dell'ente dovevano essere attribuiti dal dirigente dell'avvocatura "su indicazione del presidente della Provincia".

Sul punto, il tribunale amministrativo ha infatti evidenziato che l'individuazione del soggetto cui conferire, di volta in volta, gli incarichi di difesa in giudizio dell'ente integra una competenza strettamente gestionale, in quanto tale incompatibile, in via di principio, con le funzioni di indirizzo politico proprie del presidente della provincia. Al riguardo, non possono utilmente richiamarsi né la previsione legislativa di cui all'art. 50 TUEL che si limita ad attribuire al presidente la rappresentanza dell'ente, né, tantomeno, la posizione di primazia riconosciuta al presidente della provincia dalla stessa giurisprudenza, sopra citata, che ha delineato le condizioni di autonomia in cui deve operare l'avvocatura dell'ente pubblico: invero, ha cura di precisare il TAR, siffatta posizione non può tradursi nell'alterazione delle regole di carattere generale che disciplinano il riparto di competenze tra gli organi di governo e quelli di gestione dell'ente locale, quale deriverebbe dalla sistematica ingerenza dei primi nell'esercizio delle funzioni di pertinenza dei secondi (*Red. Gian Paolo Cortese*).

TAR Campania, Sa, Sez. II, 18.1.2011, n. 76.

Artt. 42, co. 2, e 49 TUEL e art. 6 d. lgs. n. 165 del 2001 - giunta comunale - ordinamento degli uffici e dei servizi - competenza dei dirigenti - atti di natura gestionale e atti di indirizzo.

Art. 49 TUEL - atti degli organi collegiali - pareri dei responsabili dei servizi - regolarità tecnica ed impegno di spesa.

In riferimento ai criteri generali in materia di atti di macro-organizzazione, ovvero concernenti l'ordinamento degli uffici e dei servizi, ricadono sull'amministrazione i vizi di illogicità ed incompetenza degli atti dalla stessa adottati, quando le proprie scelte non siano supportate da idonea motivazione e da previa istruttoria.

E'attribuito ai dirigenti, ope legis, l'adozione, nelle materie di competenza, di tutti gli atti e provvedimenti amministrativi nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa; pertanto, rientra nei loro poteri la spesa di orga-

nizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo, nonché la responsabilità, in via esclusiva, dell'attività amministrativa e della gestione della spesa.

La fattispecie che ha dato luogo alla sentenza di cui è massima trae origine dall'impugnazione di una delibera della Giunta comunale che ha variato l'assetto degli uffici e dei servizi modificando, inoltre, il numero dell'organico, incrementandolo e sottraendo, perciò, numerose attribuzioni, di originaria competenza della dirigente, nella specie unica responsabile di un Museo, assegnandole ad altra persona.

Nel caso concreto, la dirigente nel ricorso introduttivo deduce l'incompetenza della Giunta in ordine ai criteri generali in materia di ordinamento degli uffici e dei servizi, ai sensi dell'art. 42, co. 2 del d. lgs. n. 267 del 2000 e 6 del d. lgs. n. 165 del 2001, in quanto risulterebbe incompetente nell'adozione di atti di natura gestionale, rientranti, *ope legis*, nelle competenze dirigenziali.

Parte ricorrente lamenta che lo smembramento degli uffici, in mancanza di idonea motivazione, previa istruttoria, prospetterebbe il vizio di eccesso di potere e violazione di legge, contrariando il principio di buon andamento, efficienza ed efficacia, corollari dell'operato della PA. Nella sentenza in esame viene affermato, inoltre, ed in linea con quanto statuito dall'art. 49 del d. lgs. n. 267 del 2000, che su ogni proposta di deliberazione, sottoposta alla Giunta o al Consiglio Comunale è obbligatoria la richiesta di parere in ordine alla regolarità tecnica del responsabile del servizio interessato e contabile, del responsabile di ragioneria, in particolare, se la delibera comporta impegno di spesa o diminuzione d'entrata.

Difatti, già a partire dall'entrata in vigore della l. n. 142 del 1990 il legislatore ha voluto introdurre un principio in forza del quale gli atti degli organi collegiali degli enti locali vengono emessi solo a seguito di un'istruttoria necessaria sulle relative proposte. Il processo di rafforzamento del principio di distinzione tra attività gestionali e di indirizzo trova, appunto, collocazione nel d. lgs. n. 267 del 2000.

Tale concetto offre l'occasione per sottolineare il riparto tra atti di natura gestionale e non, riconoscendo, dunque, alla deliberazione impugnata la natura di atto di indirizzo e riservando ai successivi provvedimenti di conferimento di incarichi dirigenziali, il reperimento delle ne-

cessarie fonti di approvvigionamento economico (Red. Elisa Scozzo).

TAR Puglia, Le, Sez. I, 13.1.2011, n. 27

Comuni e province - competenza ad adottare ordinanze di rimozione e smaltimento dei rifiuti - art. 107, co. 5, del d. lgs. n. 267 del 2000 - art. 192, co. 3, d. lgs. n. 152 del 2006 - rapporti fra norme antinomiche - applicazione del criterio di specialità e del criterio cronologico - prevalenza della norma speciale posteriore - competenza del sindaco ex art. 192, co. 3, d. lgs. n. 152 del 2006 - sussiste.

*L'art. 192, co. 3, d. lgs. n. 152 del 2006, che attribuisce espressamente al Sindaco la competenza a disporre con ordinanza le operazioni necessarie alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti, è norma speciale sopravvenuta rispetto all'art. 107, co. 5, d. lgs. n. 267 del 2000; pertanto, dovendo, in caso di conflitto apparente di norme applicarsi il tradizionale canone ermeneutico *lex posterior specialis derogat anteriori generali*, per il criterio della specialità e per quello cronologico la disposizione di cui all'art. 192, co. 3, d. lgs. n. 152 cit. prevale sul disposto dell'art. 107, co. 5, d. lgs. n. 267 cit.; quindi, la competenza ad adottare le ordinanze in materia di rimozione e smaltimento dei rifiuti spetta al Sindaco, nonostante la disposizione di carattere generale di cui all'art. 107 precisato.*

Con questa pronuncia il TAR Puglia ha aderito al prevalente orientamento giurisprudenziale esistente in merito ai rapporti fra la disposizione di cui all'art. 192, co. 3, d.lgs. n. 152 del 2006 (*Norme in materia ambientale*) e quella di cui all'art. 107, co. 5, del d. lgs. n. 267 del 2000 (Cfr. TAR Lombardia, Mi, IV, 9.6.2010, n. 1764; TAR Veneto, III, 24.11.2009 n. 2968; CdS, V, 25.8.2008 n. 4061).

Nella specie era accaduto che i ricorrenti avevano impugnato un'ordinanza dirigenziale con la quale era stato ordinato loro di eseguire, sul suolo di cui erano proprietari, “*i necessari interventi di messa in sicurezza, rimozione dei rifiuti e bonifica con ditte specializzate e recinzione del terreno (...)*”, ritenendo sussistente il difetto di competenza del dirigente all'adozione dell'atto impugnato.

Il TAR ha accolto il ricorso, rilevato che l'art. 192, co. 3, cit., che “*attribuisce espressamente al Sindaco la competenza a disporre con ordinanza le operazioni necessarie alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti*”, è norma specia-

le sopravvenuta rispetto all'art. 107, cit. e, quindi, prevalente su quest'ultima in virtù del criterio della specialità e di quello cronologico. Inoltre, ha affermato: “*lo stesso art. 107, co. 4, t.u. enti locali ha cura di precisare che “Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'art. 1, co. 4, cit., possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative”;* che è quanto verificatosi a seguito dell'entrata in vigore della norma sancita dell'art. 192, co. 3, cit., sicuramente speciale rispetto all'ordine generale di competenze previsto dall'art. 1, co. 4, e 107, co. 2, t.u. enti locali”.

Si ricorda che ai sensi dell'art. 192, co. 1 e 2, del d. lgs. citato sono vietati l'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo, nonché l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee e che, ai sensi del comma terzo dello stesso articolo, nell'ipotesi di violazione di tali divieti, il responsabile “*è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo. Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate*” (Red. Alessandra Farruggio).

TAR Toscana, Sez. II, 5.1.2011, n. 2

Comuni e province - Sindaco - ordinanze contingibili ed urgenti ex art. 54 d. lgs n. 267 del 2000 - d.m. 5.8.2008 - concetto di sicurezza urbana - lettura in senso lato - esclusione.

La principale innovazione apportata dall'art. 6 del d.l. n. 92 del 2008, convertito con l. n. 125 del 2008, alla disciplina del potere del Sindaco di adottare ordinanze ai sensi dell'art. 54 TUEL, riguarda l'estensione di tale potere anche alla materia della sicurezza urbana e, sulla questione dell'esatta portata dell'introduzione di tali innovazioni, si è pronunciata la Corte costituzionale, nella sentenza n. 196 del 1.7.2009, chiarendo in particolare che il d. m. 5.8.2008, che ha successivamente meglio definito la portata dei nuovi poteri del Sindaco e

recante la definizione dell'ambito del concetto di sicurezza urbana, ha ad oggetto esclusivamente la tutela della sicurezza pubblica, da intendere come attività di prevenzione dei reati, cioè dei fenomeni criminosi che minacciano i cittadini; pertanto, stante l'esigenza di considerare la materia della sicurezza urbana di cui all'art. 54, co. 4 cit. come coincidente con la materia della sicurezza pubblica, non può accogliersene una lettura in senso lato, intesa quale strumento per l'eliminazione di fenomeni di degrado che affliggono i centri urbani, non necessariamente corredate con esigenze di repressione della criminalità.

La vicenda portata all'esame del Giudice Amministrativo concerne la legittimità di un'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 54, co. 4 e 4 bis del TUEL e dell'art. 2 del d. m. 5 agosto 2008 con cui il Sindaco di un comune ingiungeva al ricorrente il rilascio del modulo abitativo precedentemente assegnatogli in concessione dall'amministrazione stessa.

Il relativo contratto prevedeva, all'art. 6, l'obbligo del concessionario di occupare stabilmente l'alloggio entro cinque giorni dalla consegna e di continuare ad abitarlo stabilmente per l'intera durata della concessione, elencando tra le cause di rilascio del bene il fatto di non occupare stabilmente l'alloggio stesso.

In seguito ai controlli effettuati, l'amministrazione comunale giungeva alla conclusione che il nucleo familiare del ricorrente non occupasse stabilmente il modulo abitativo assegnatogli e, quindi, non possedesse più i requisiti necessari al mantenimento dell'assegnazione.

Conseguentemente con l'ordinanza, oggetto del ricorso, il Sindaco ingiungeva al ricorrente, alla moglie e ad ogni altro occupante il rilascio del modulo abitativo in questione.

L'art. 54, co. 4, TUEL, nel testo modificato dall'art. 6 del d. l. n. 92/2008 (conv. con l. n. 125 del 2008), stabilisce che il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato provvedimenti anche contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento *“al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”*.

La principale innovazione apportata dal d.l. cit., alla disciplina del potere del Sindaco di adottare ordinanze *ex art. 54 cit.*, concerne l'estensione di tale potere alla materia della sicurezza urbana. Il successivo co. 4 bis del predetto articolo demanda ad un decreto del Ministro Interno la

disciplina dell'ambito applicativo dei commi precedenti, *“anche con riferimento alle definizioni relative all'incolumità pubblica e alla sicurezza urbana”*.

In attuazione di tale norma, il Ministro dell'interno ha provveduto ad emanare il d.m. 5.8.2008, il cui art. 1 dispone che, ai fini dell'art. 54 cit., per incolumità pubblica si deve intendere l'integrità fisica della popolazione e per sicurezza urbana *“un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale”*.

Sulla questione della portata delle innovazioni introdotte dall'art. 6 d.l. cit., è poi intervenuta la pronuncia della C. cost. n. 196 del 1.7.2009.

In particolare, la Consulta ha chiarito che il d.m. 5.8.2008 - recante la definizione dell'ambito del concetto di *“sicurezza urbana”* - ha esclusivamente ad oggetto la tutela della sicurezza pubblica, da intendere come attività di prevenzione e repressione dei reati.

Pertanto, la materia della sicurezza urbana di cui all'art. 54, co. 4, cit., risulta coincidente con la materia della sicurezza pubblica (intesa quale prevenzione dei fenomeni criminosi che minacciano i beni fondamentali dei cittadini), non potendo, invece, essere accolta una lettura in senso lato del concetto di *“sicurezza urbana”*, intesa quale strumento volto ad eliminare taluni fenomeni di degrado che affliggono i centri urbani, non necessariamente correlati con esigenze di repressione della criminalità, potendo essere adottate le ordinanze di cui all'art. 54 cit. qualora la violazione delle norma che tutelano i beni previsti dal d. m. cit. non assuma rilevanza in sé considerata, poiché in tali ipotesi soccorrono gli strumenti ordinari.

Ad avviso del TAR Toscana, che ha accolto il ricorso annullando il provvedimento impugnato, non potendosi ravvisare nella mancata stabile occupazione di un modulo abitativo, la minaccia di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, era necessario affrontare la situazione con uno strumento ordinario, cioè la declaratoria di decadenza dall'assegnazione del modulo e l'ordine di rilascio dello stesso, trattandosi di un comportamento integrante l'inadempimento di una clausola del contratto accessivo alla concessione del modulo *de quo*, da sanzionare, quindi, in base ad un'esplicita previsione del contratto medesimo e inoltre, non potendosi

configurare tale situazione quale premessa per l'insorgere di gravi fenomeni criminosi capaci di minare la sicurezza pubblica (*Red. Carolina Morici*).

TAR Sicilia, Pa, 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 d. lgs. n. 267 del 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 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 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 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 accesso¹. La sentenza in esame, invece, ha aderito a un opposto orientamento giurisprudenziale² 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 legislati-

¹ Cfr. TAR Campania, I, 3.9.3009, n. 4891; CdS, VI, 13.3.2007, n.1222

² Cfr. CdS, V, 4.10.2007, n.5146.

va 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 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 dalla l. n. 241/1990 (*Red. Lorena Caruso*).

TAR Calabria, Sez. II, 1.12.2010, n. 2831

Comuni e province - ordinanze contingibili ed urgenti - salute pubblica - necessità.

Tra le ordinanze contingibili ed urgenti in materia di sanità pubblica che il Sindaco può emettere rientrano anche i provvedimenti urgenti a tutela della salute pubblica, quando questa sia minacciata da fenomeni di inquinamento ambientale provocati da rifiuti, emissioni inquinanti nell'aria e scarichi inquinanti.

Tale è il principio della sentenza n. 2831 del 1.12.2010, con la quale il TAR Calabria ha ritenuto di dover respingere il ricorso gerarchico

avverso l'Ordinanza del Sindaco di un comune; in particolare, l'impugnazione in esame era diretta avverso il provvedimento con il quale era stata imposta la chiusura temporanea dell'esercizio e della struttura alberghiera dell'istante.

Nella fattispecie, infatti, la chiusura della struttura alberghiera del ricorrente era stata imposta fino a quando quest'ultimo non avesse dimostrato di aver ottemperato a tutti gli obblighi di legge imposti, o di aver eliminato tutti gli inconvenienti igienici riscontrati nella struttura dal verbale di sopralluogo e dal relativo prelevamento di campioni.

La chiusura temporanea dell'esercizio, più precisamente, era stata disposta a seguito della riscontrata presenza nelle acque di scarico dell'albergo, di azoto ammoniacale, tensioattivi, C.O.D. e B.o.do 5 superiori ai livelli massimi consentiti dalla Tabella n. 1 della delibera del Consiglio regionale n. 186/82.

Avverso tale provvedimento l'istante ha ritenuto di presentare ricorso per vari motivi di diritto, con particolare riferimento alla carenza dei presupposti legislativi per l'attivazione del potere di adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente posta in essere.

La pronuncia, aderendo ad un orientamento ormai consolidato in materia, ha ritenuto di respingere il ricorso, in quanto, a fronte dell'accertato superamento da parte del presidio competente, dei limiti di accettabilità degli scarichi provenienti da un'impresa di servizi (quale è quella alberghiera), il Sindaco non poteva che disporre la chiusura dell'esercizio al fine di prevenire danni ulteriori e più gravi. La chiusura, in tali casi, risulta essere la cautela più opportuna al fine di scongiurare nocumento alla salute dei cittadini e, pertanto, l'ordinanza impugnata non può che assumere carattere necessario (*Red. Valentina Mariani*).

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 10.1.2011, n. 8

Sanità pubblica - aggiornamento del prontuario terapeutico regionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri - artt. 35 e 48 l. reg. Emilia-Romagna 22.12.2009, n. 24 (Legge finanziaria regionale adottata a norma dell'art.40 legge regionale 15.11.2001, n. 40) - artt. 3 e 117, co. 2, lett. i), l), m), co. 3, co. 5 cost. - accoglimento parziale.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato l'art. 35 della citata legge regionale, nella parte in cui attribuisce alla regione il potere di prevedere, in fase di aggiornamento del prontuario terapeutico regionale, "l'uso di farmaci anche al di fuori delle indicazioni previste nell'autorizzazione all'immissione in commercio", per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. m), cost., in quanto esorbiterebbe dalle competenze regionali ed invaderebbe la competenza esclusiva dello Stato in materia di livelli essenziali delle prestazioni, e per contrasto con l'art. 117, co. 3, cost.

La Corte ha dichiarato inammissibile la censura con riferimento all'asserita violazione dell'art. 117, co. 2, lett. m), perché formulata genericamente dal ricorrente il quale ha omesso di indicare la legge statale con la quale la norma regionale risulterebbe in contrasto.

La Corte ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 35 per contrasto con l'art. 117, co. 3. Ad avviso della Corte, infatti, la norma impugnata, laddove introduce una disciplina generalizzata rimettendo i criteri direttivi alla Commissione regionale del farmaco, individua condizioni diverse rispetto a quelle stabilite dal legislatore nazionale per l'uso dei farmaci al di fuori delle indicazioni contenute nell'autorizzazione all'immissione in commercio, così eludendo il ruolo che la legislazione statale attribuisce all'Agenzia Italiana del farmaco. La Corte ricorda come la giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che competono allo Stato le responsabilità, attraverso gli organi tecnicospicifici della sanità,

di stabilire le modalità di impiego delle sostanze farmaceutiche.

Il Presidente del consiglio ha poi censurato l'art. 48, co. 1, della legge reg. in questione, nella parte in cui riconosce a tutti i cittadini di stati appartenenti all'Unione Europea il diritto di accedere alla fruizione dei servizi pubblici e privati in condizioni di parità di trattamento e senza discriminazione di razza, sesso, orientamento sessuale ecc., per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), cost. in quanto introdurrebbe un ipotesi di obbligo legale a contrarre.

La Corte ha rigettato sul punto il ricorso, chiamando che la norma de qua si limita a richiamare l'obbligo del necessario rispetto del principio di eguaglianza e di non discriminazione previsto dalla Costituzione e dai Trattati europei.

La Corte ha infine rigettato il ricorso con riferimento all'asserita incostituzionalità per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), dell' art. 48, co. 2, nella parte in cui prevede che la regione assume la nozione di discriminazione diretta e indiretta di cui alle dir. 2000/43/CE e 2006/54/CE. La Corte ha chiarito che con la disposizione in esame il legislatore regionale non ha provveduto ad attuare atti comunitari, ma si è limitato a servirsi delle nozioni desumibili dal diritto comunitario ai fini dell'autonomo svolgimento delle attribuzioni regionali. In argomento, v. precedenti conformi C. cost., 26.5.1998, n. 185; 26.2.2002, n. 282; 27.3.2003, n. 88; 31.3.2006, n. 134; 29.5.2009, n. 165. (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 5.1.2011, n. 7

Contratti pubblici - finanza di progetto - pubblico impiego - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri - artt. 6, co. 1 e 4, 5, 6, 7, 8 e 28, co. 10, l. reg. Liguria 28.12.2009, n. 63 (Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2010) - artt. 97, co. 3, e 117, co. 1 e co. 2, lett. e), cost. - accoglimento parziale.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato l'art. 6, co. 1, della norma regionale in questione nella parte in cui autorizza i soggetti privati che intendano promuovere interventi realizzabili con capitali privati a presentare uno studio di pre-fattibilità, all'esito del quale l'amministrazione regionale, qualora ritenga di pubblico interesse l'intervento, potrà ricercare, mediante procedure ad evidenza pubblica, i soggetti che intendano concorrere al ruolo di promotore. Ad avviso del ricorrente, la suddetta disposizione, nel disciplinare una modalità di instaurazione di una procedura ad evidenza pubblica in maniera difforme da quanto previsto dalla disciplina statale (art. 153 del codice dei contratti) si porrebbe in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e), che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia della tutela della concorrenza.

La Corte, richiamando una precedente decisione in materia (sent. n. 411 del 2008) in cui aveva chiarito che la disciplina in tema di programmazione di lavori pubblici, delle relative procedure di gara ed esecuzione del rapporto contrattuale, è attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ha accolto sul punto il ricorso e dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata. Ad avviso della Corte, infatti, la disposizione de qua, introducendo la possibilità per i privati di presentare uno studio di pre-fattibilità, va a disciplinare in maniera difforme alla legislazione statale (art. 153, co. 19 del codice dei contratti) le procedure ad evidenza pubblica in violazione, appunto, dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost. in tema di tutela della concorrenza.

Il ricorrente, poi, ha censurato gli artt. 4, 7 e 8, con cui si prevede la corresponsione di un'indennità ai dipendenti regionali che svolgano compiti di particolare responsabilità, stabilisce che il tempo necessario per i viaggi del personale in trasferta è utile ai fini del completamento dell'orario di lavoro e, infine, prevede una particolare indennità per il personale regionale in servizio presso la sede di Bruxelles.

La Corte ha accolto sul punto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità dei suddetti artt. 4, 7 e 8 in quanto lesivi della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile (in cui rientra la disciplina del pubblico impiego) e della c.d. riserva di contrattazione collettiva.

Il Presidente del Consiglio ha censurato, poi, l'art. 5 che prevede la possibilità di bandire

concorsi pubblici riservati al personale interno per la copertura di posti vacanti nell'organico regionale in deroga alle disposizioni previste dalla l. 24.12.2007, n. 244 (l. finanziaria 2008). La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 97 cost., perché, ad avviso della Corte, le procedure che escludano o riducano irragionevolmente l'accesso all'esterno, come quella in esame che contiene una riserva integrale di posti al personale interno, violano il principio del necessario carattere aperto delle procedure selettive concorsuali per l'accesso ai pubblici uffici di cui agli artt. 51 e 97 cost..

Il ricorrente ha censurato, inoltre, l'art. 6 nella parte in cui prevede una progressione verticale dei dipendenti regionali basata su concorsi già espletati e non su nuovi concorsi indetti ad hoc. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma anche qui per contrasto con l'art. 97, con il principio di accesso ai pubblici uffici mediante concorso che, ad avviso della Corte, deve ritenersi operante anche per le progressioni di carriera.

La Corte, infine, ha dichiarato infondato il ricorso avverso l'art. 28 della norma in questione nella parte in cui prevede che la regione possa, in determinati casi, stipulare contratti di lavoro a tempo determinato. Ad avviso della Corte, la disciplina in questione deve ritenersi inquadabile nella materia dell'organizzazione degli uffici regionali, attribuita dall'art. 117, co. 4 cost. alla competenza legislativa residuale delle regioni.

In argomento, v. precedenti conformi C. cost., n. 18.11.2000, n. 507; 20.7.2006, n. 308; 14.6.2007, n. 189; 17.12.2008, n. 411 (Red. Mario Nigro).

Corte costituzionale, 29.12.2010, n. 373

Ambiente - rifiuti - giudizio di legittimità costituzionale - art. 3, co. 1, lett. f), e 6, co. 4, l. reg. Puglia 31.12.2009, n. 36 (Norme per l'esercizio delle competenze in materia di gestione dei rifiuti in attuazione del decreto legislativo 3.4.2006, n. 152) - art. 117, co. 2, lett. s), cost. - accoglimento.

Con la pronuncia in oggetto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, lett. f), secondo periodo, l. reg. Puglia 31.12.2009, n. 36, nella parte in cui attribuisce alla regione il potere di regolamentare, in materia di gestione dei rifiuti, gli ambiti di attività soggetti alla previa emanazione di una discipli-



na statale nelle more della determinazione degli indirizzi nazionali; nonché dell'art. 6, co. 4 della predetta l. reg., ove dispone una deroga all'unicità della gestione integrata del ciclo di rifiuti, di cui all'art. 200, co. 1, lett. a), d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale).

Relativamente alla prima censura, il d. lgs n. 152 del 2006 in materia di gestione dei rifiuti, agli artt. 195-198, disciplina il riparto di competenze, attribuendo alle regioni alcune funzioni in materia di pianificazione (individuazione, nell'ambito delle linee guida generali fissate dallo Stato, degli ambiti territoriali per la gestione dei rifiuti urbani, dei criteri per la determinazione dei siti idonei alla localizzazione degli impianti per lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti). L'art. 3, co. 1, lett. f), della legge regionale impugnata stabilisce che "la regione regola gli ambiti di attività soggetti alla previa emanazione di disciplina statale nelle more della determinazione degli indirizzi nazionali, come nel caso dei criteri per l'assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani". La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che la competenza esclusiva dello Stato in tema di tutela dell'ambiente, in cui rientra la disciplina dei rifiuti, esclude la competenza regionale anche in assenza della relativa disciplina statale. La Corte, poi, ha dichiarato l'illegittimità della norma regionale impugnata anche nella parte in cui dispone la deroga all'unicità nella gestione dei rifiuti; questo perché la norma in questione rientra nella materia della tutela dell'ambiente, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e, nel caso specifico, la norma contrasta con l'art. 200, co. 1, lett. a), del d. lgs. n. 152 del 2006, secondo cui la gestione dei rifiuti urbani è organizzata, tra l'altro, sulla base del criterio del superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti.

In argomento, v. precedenti conformi C. cost. 4.12.2009, n. 314; 8.4.2010, n. 127 (Red. Antonella Zella).

Corte costituzionale, 15.12.2010, n. 370

Verifica amministrativo-contabile - Giudizio di legittimità costituzionale per conflitto di attribuzione - nota del ministero dell'economia e delle finanze - dipartimento della Ragioneria generale dello stato - ispettorato Generale di Finanza - servizi ispettivi di fi-

nanza pubblica del 16.1.2009, n. 2136 S.I. 2102 - artt. 117, co. 4, e 118 cost. - rigetto.

La reg. Lombardia ha sollevato un conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri avverso la nota del Ministero dell'economia e delle finanze – dipartimento della ragioneria generale dello Stato – Ispettorato generale di finanza – Servizi ispettivi di finanza pubblica del 16.1.2009, n. 2136 S.I. 2102, con la quale è stata disposta ed effettuata una verifica amministrativo-contabile concernente la gestione delle risorse finanziarie destinate agli enti strumentali dipendenti dalla medesima regione. La regione ricorrente lamenta il contrasto della nota impugnata con gli artt. 117, co. 4, e 118 cost.

La Corte ha dichiarato non fondata la questione, chiarendo che l'attività ispettiva in questione è attribuita allo Stato, perché funzionale ad un corretto esercizio della funzione di coordinamento della finanza pubblica, in ordine alla quale concorrono, a norma dell'art. 117, co. 3, cost., una potestà legislativa statale e una potestà legislativa regionale.

La Corte, come anche già in passato (C. cost. 30.12.2003, n. 376 e 6.7.2007, n. 255), ha sottolineato che il coordinamento finanziario può richiedere, per la sua stessa natura, anche l'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo. Quindi, data la specificità della materia, è stato ritenuto che la legge statale possa prevedere e disciplinare tali poteri, anche in forza dell'art. 118, co. 1, cost. In sostanza, la finalità dell'azione di coordinamento esige che al livello centrale si possano collocare non solo la determinazione delle norme fondamentali che reggono la materia, bensì anche i poteri eventualmente necessari perché tale finalità di coordinamento (che di per sé eccede inevitabilmente le possibilità di intervento dei livelli territoriali sub-statali) possa essere concretamente realizzata.

In argomento, v. precedenti conformi, C. cost. 30.12.2003, n. 376 e 6.7.2007, n. 255 (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 15.12.2010, n. 369

Finanza regionale - giudizio per conflitto di attribuzione tra enti - decreto del dirigente generale del Dipartimento regionale trasporti e comunicazioni e del ragioniere generale della ragioneria generale della regione siciliana del 28.7.2009, circolare dell'Assessorato

del turismo, delle comunicazioni e dei trasporti del 18.8.2009, n. 5, nota del dirigente generale del Dipartimento regionale trasporti e comunicazioni della Regione siciliana del 25.8.2009, protocollo n. 471 - artt. 117, cost. - accoglimento.

Tra lo Stato e la reg. Siciliana è sorto un conflitto di attribuzione circa la spettanza allo Stato delle entrate relative alle operazioni di motorizzazione effettuate in Sicilia da soggetti terzi rispetto agli uffici pubblici, nonché le modalità di collegamento al sistema informatico dello Stato. In particolare, da un lato la reg. Siciliana ha proposto dei ricorsi per conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato in relazione a diversi atti del Ministero dell'economia e delle finanze, aventi ad oggetto la spettanza delle entrate relative alle operazioni di motorizzazione effettuate in Sicilia da soggetti "terzi" (come imprese di revisione o studi di consulenza riconosciuti ed autorizzati ad operare dall'Assessorato regionale del turismo, dei trasporti e delle comunicazioni) e le modalità di collegamento di tali soggetti al sistema informatico statale. Dall'altro lato, il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti della Regione siciliana, in relazione ai medesimi profili. La Corte, dopo avere disposto la riunione dei giudizi, osserva che l'art. 2 ter del d.P.R. n. 1113 del 1953 (Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana in materia di comunicazioni e trasporti) è finalizzato a garantire l'uniformità delle operazioni di revisione su tutto il territorio nazionale, attraverso l'utilizzazione di un sistema informatico centralizzato. Esso, infatti, stabilisce, al co. 1, che «al fine di garantire la necessaria uniformità operativa per quanto concerne le funzioni svolte con l'ausilio dell'informatica, gli uffici di cui all'articolo 2, co. 1, utilizzano le procedure dei sistemi informativi automatizzati del Ministero dei trasporti e della navigazione e i protocolli di trasmissione compatibili con il medesimo sistema informativo».

Ne discende, nel ragionamento seguito dalla Corte, che spetta allo Stato e non alla Regione siciliana stabilire le modalità operative del sistema e i protocolli di funzionamento, cui tutti gli utenti senza distinzioni devono adeguarsi, così evitando anche ricadute negative in sede di concreta applicazione da parte delle competenti autorità amministrative. Per queste ragioni essa annulla i provvedimenti impugnati dallo

Stato, atteso che la regione siciliana non può creare un proprio sistema informatico e propri tagliandi di revisione diversi da quelli statali, né può pretendere che lo Stato modifichi i protocolli di accesso al proprio sistema per consentire un'integrazione con il sistema informatico della regione (Red. Giustino Lo Conte).

Corte costituzionale, 22.12.2010, n. 366

Ambiente - impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 27, co. 1, lett. b), l. reg. Puglia 19.02.2008, n. 1 (Disposizioni integrative e modifiche della l. regionale 31.12.2007, n. 40 - disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2008 e bilancio pluriennale 2008-2010 della Regione Puglia e prima variazione al bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2008) - art. 117, co. 3, cost. - accoglimento parziale.

Il TAR per la Puglia ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 27, co. 1, lett. b), l. reg. Puglia 19.02.2008, n. 1 (Disposizioni integrative e modifiche della legge regionale 31 dicembre 2007, n. 40 - Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2008 e bilancio pluriennale 2008-2010 della Regione Puglia e prima variazione al bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2008), che prevede l'assoggettamento alla dichiarazione d'inizio attività per la realizzazione di un impianto eolico per la produzione di energia elettrica, di potenza pari ad 1 MW. La Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma regionale in quanto essa si pone in contrasto con quanto disposto dalla normativa nazionale, ex art. 12 d. lgs. 29.12.2003, n. 387 (Attuazione della dir. 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità), che fissa a 60 kW la soglia per la produzione di energia eolica in regime semplificato. La Corte ha quindi dichiarato l'illegittimità della norma impugnata, in quanto quest'ultima prevede la disciplina semplificata della D.I.A. per la costruzione di impianti eolici per la produzione di energia elettrica, di potenza superiore a 60 kW, nello specifico 1 MW.

In argomento, v. conformi C. cost., 6.11.2009, n. 282; 24.03.2010, n. 124; 6.5.2010, n. 168; 4.6.2010, n. 194 (Red. Davide Siclari).

Corte costituzionale, 22.12.2010, n. 364



Delega di funzioni - trasferimento di funzioni - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 2 e 4 l. reg. Basilicata 24.12.1992, n. 23 (Soppressione del Consorzio dei comuni non montani del Materano – Delega delle funzioni all'amministrazione provinciale di Matera) - artt. 3 e 97 cost. – accoglimento.

La Corte d'appello di Potenza, nell'ambito del giudizio vertente tra la provincia di Matera e la regione Basilicata, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 2 e 4 l. reg. Basilicata 24.12.1992, n. 23. Il primo articolo stabilisce che, a fronte della soppressione del consorzio tra i comuni non montani del Materano, al quale la regione aveva delegato proprie funzioni, queste vengano adesso trasferite alla provincia di Matera; il secondo articolo, quindi, prevede la nomina un commissario liquidatore con il compito di trasferire alla provincia ogni rapporto giuridico ed economico in atto presso il consorzio. Secondo il remittente, la legge sarebbe incostituzionale in quanto non prevede modalità di estinzione dei pregressi rapporti che comportano oneri economici a carico del delegato, anche mediante attribuzione a quest'ultimo delle risorse necessarie per farvi fronte.

La Corte si esprime favorevolmente all'accoglimento del ricorso, in quanto la vicenda va contro il principio fondamentale di finanza pubblica secondo il quale, in caso di trasferimento di funzioni ad amministrazioni diverse, il delegante è tenuto a disciplinarne gli aspetti finanziari per lasciare "indenne" il subentrante dalle passività del precedente ente; ciò in riferimento a quanto prescritto dagli artt. 3 e 97 cost. In argomento, v. precedenti conformi C. cost.: 7.11.2007 n. 364, 5.4.2007 n. 116, 9.12.2005, n. 437, 31.3.2000, n. 89, con cui la Corte afferma l'importanza del principio secondo il quale il trasferimento di funzioni da un ente ad un altro deve essere accompagnato dalla disciplina degli effetti finanziari, in particolare, in modo da evitare o comunque regolare il subentro nelle passività dell'ente precedente. (Red. Elisa Lori).

Corte costituzionale, 15.12.2010, n. 354

Impiego pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 59, co. 3, l. reg. Puglia 4.8.2004, n. 14 (Assestamento e prima variazione al bilancio di previsione per

l'esercizio finanziario 2004) - artt. 3, 24, 97 e 113, cost. - accoglimento.

Il Consiglio di Stato ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 59, co. 3, l. reg. Puglia n. 14/2004 per violazione degli artt. 3, 24, 97 e 113 cost., in quanto la norma censurata, nel fare "salvi gli esiti" di procedure di progressione verticale interamente riservate a personale interno, che erano state bandite ed espletate in applicazione di norme legislative dichiarate per tale ragione illegittime dalla Corte medesima e che erano state conseguentemente annullate dal giudice amministrativo, inciderebbe sull'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione e si porrebbe in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata in quanto essa ha fatto salvi gli effetti dell'applicazione di disposizioni legislative precedentemente dichiarate costituzionalmente illegittime, riproducendo il medesimo vizio di quelle norme, cioè la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, determinata dalla previsione di una riserva al personale interno della totalità dei posti messi a concorso dalla pubblica amministrazione. In buona sostanza, una riserva integrale ai dipendenti già in servizio dei posti messi a concorso, come quella prevista dalle procedure di cui la disposizione censurata ha fatto salvi gli esiti, contraddice il carattere aperto della selezione. Questo rappresenta un elemento essenziale del concorso pubblico e il suo difetto costituisce una lesione degli artt. 3 e 97 cost..

Inoltre, sempre ad avviso della Corte, la norma censurata, in quanto provvedimento che incide sugli effetti di un giudicato, interferisce con l'esercizio della funzione giurisdizionale, determinando una violazione anche degli artt. 24 e 113 cost. (Red. Filippo Barbagallo).

Corte costituzionale, 3.12.2010, n. 350

Albo nazionale gestori ambientali - competenza Giunta provinciale - violazione del giudicato costituzionale - giudizio di legittimità costituzionale in via principale su ricorso della Presidenza del Consiglio - art. 18, co. 2, l. Provincia autonoma di Bolzano 22.12.2009, n. 11, (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno fi-

nanziario 2010 e per il triennio 2010-2012 - legge finanziaria 2010) - artt. 117 e 136 cost. - accoglimento.

La sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione di una legge della provincia autonoma che prevede la possibilità per la giunta provinciale di disciplinare le procedure e l'obbligo di iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali, in contrasto con quanto previsto dall'art. 212 del d. lgs. 3.4.2006, n. 152 (Norme in materia ambientale). Analoghe

disposizioni erano già state ritenute costituzionalmente illegittime con le sentenze n. 62 del 2008 e n. 315 del 2009, per violazione della competenza statale esclusiva ex art. 117 cost.. Nel caso di specie la sentenza ha dichiarato l'illegittimità per violazione del giudicato costituzionale ex art. 136 cost. in quanto la norma ha ripristinato sostanzialmente una norma già dichiarata incostituzionale. In argomento, v. conformi C. cost., 14.3.2008, n. 68 e 4.12.2009, n. 315. (Red. Rosa Valicenti).

«.....GA.....»

URBANISTICA ED EDILIZIA AMBIENTE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LA COMPETENZA ESCLUSIVA STATALE IN MATERIA AMBIENTALE NON TOLLERA DISCIPLINE REGIONALI DIFFERENZIATE CHE INSIDIANO L'ORGANICITÀ DELLA TUTELA COMPLESSIVA GIÀ INDIVIDUATA A LIVELLO NAZIONALE

La competenza esclusiva statale in tale materia (art. 117, co. 2, lett. s) cost.), infatti, è intesa ad assicurare livelli di protezione, non solo adeguati, ma anche uniformi, fungendo così da limite invalicabile per la legislazione regionale.

L'esigenza di una valutazione unitaria del sistema "ambiente", insomma, non tollera discipline regionali differenziate, che insidiano l'organicità della tutela complessiva già individuata a livello nazionale. Ne consegue la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale... (Corte Costituzionale, 3.3.2011, n. 67).

«..... GA.....»

PER LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI CHE PRODUCANO ENERGIA ALIMENTATI DA FONTI RINNOVABILI, OCCORRE UNA AUTORIZZAZIONE UNICA REGIONALE

L'art. 12 d. lgs. 387/2003 prevede che per la realizzazione di impianti che producano energia alimentati da fonti rinnovabili, occorra una autorizzazione unica regionale. Tale autorizzazione sostituisce tutti i pareri e i titoli necessari, ivi comprese la valutazioni di carattere paesaggistico e quelle concernenti l'esistenza di vincoli di carattere storico-artistico. (TAR Sicilia, - Ct, I 35 del 14.1.2011).

«..... GA.....»

LEGITTIMO L'ESERCIZIO DEL POTERE DI ANNULLAMENTO DELLA AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA DELLA SOPRINTENDENZA STATALE SE SUSSISTE UN DIFETTO DI ISTRUTTORIA

Sul potere di annullamento della autorizzazione paesaggistica da parte della Soprintendenza statale, questo consiglio ha chiarito che esso "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" (cfr. Sez. VI, 13.2.2009, n. 772, in linea con i fondamentali principi enunciati dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2001). 5.2. Per il caso in esame si deve concludere che il potere è stato esercitato legittimamente, stante la carenza di istruttoria dell'autorizzazione comunale, che correttamente è stata rilevata nel provvedimento impugnato e posta a base della relativa motivazione.(CdS, 50/2011).

«..... GA.....»

LE FASCE DI RISPETTO CIMITERIALE COSTITUISCONO UN VINCOLO DI INEDIFICABILITÀ RINVENIENTE DIRETTAMENTE DALLA LEGGE

Per giurisprudenza costante, le fasce di rispetto cimiteriale costituiscono un vincolo di

inedificabilità rinveniente direttamente dalla legge, che si impone *ex se*, con efficacia diretta ed immediata, indipendentemente da qualsiasi recepimento negli strumenti urbanistici ed eventualmente anche in contrasto con i medesimi, per non essere essi idonei ad incidere sull'esistenza o sui limiti operativi del vincolo (v., *ex multis*, TAR Campania, Na, II, 25.1.2007 n. 704).

Ben si comprende, allora, come nella fattispecie la realizzazione di manufatti edilizi non potesse acquisire il carattere della stabilità – trattandosi di area ricompresa in ambito immediatamente adiacente al cimitero urbano –, e come una tale situazione fosse al più tollerabile se di carattere meramente transitorio e in ogni caso se legata a modalità tali da non pregiudicare gli interessi sottesi al vincolo cimiteriale, in particolare l'esigenza di consentire l'espansione dell'impianto; donde, come è evidente, la necessità di un impegno del privato a rimuovere il manufatto a richiesta dell'amministrazione comunale e dietro breve preavviso, secondo lo schema dell'autorizzazione edilizia in precario, istituto cui si era fatto nella circostanza ricorso per assentire un intervento altrimenti precluso. Indipendentemente, quindi, dalla stessa ammissibilità di un titolo abilitativo che, seppure in via provvisoria, rendesse possibile l'utilizzo di territorio interessato da vincolo assoluto di inedificabilità valevole per qualsiasi manufatto edilizio, anche ad uso diverso da quello abitativo (v., tra le altre, TAR Toscana, III, 2.7.2008 n. 1712), il Collegio non può che prendere atto dell'obbligo di rimozione dell'opera che comunque gravava sulla ricorrente, a fronte del vincolo che connota l'area – il che assorbe anche la questione della validità dello strumento negoziale accessorio all'autorizzazione edilizia (TAR Emilia R, Pa, I 8.3.2011, n. 67).

«..... GA.....»

I PROVVEDIMENTI RELATIVI ALLA DETERMINAZIONE DEGLI ONERI CONCESSORI NON NECESSITANO DI MOTIVAZIONE IN ORDINE ALLA SOMMA INDICATA

Secondo costante giurisprudenza, i provve-

dimenti relativi alla determinazione degli oneri concessori non necessitano di motivazione in ordine alla somma indicata, in quanto risultano da un mero calcolo materiale da effettuarsi sulla base di puntuali indicazioni normative, senza che in proposito residui un margine di discrezionalità... . Non è pertanto configurabile a carico dell'amministrazione, nella redazione di tali atti aventi natura paritetica, un onere di specificare le ragioni della decisione adottata, sicché l'interessato può solo contestare l'erroneità dei conteggi effettuati dall'ente (in tal senso, TAR Toscana, III, 18.12.2001, n. 2037; TAR Campania, Salerno, 21.7.2005, n. 1319; TAR Lazio, II, 18.2.2005, n. 1410; TAR Lombardia, Mi, II, 5.5.2004, n. 1620; TAR Puglia, Le, I, 29.3.2000 n. 1911; TAR Puglia Ba, III, 3.6.2009, n. 1376; TAR Campania Na, VIII, 17.9.2009, n. 4983) (TAR, Sicilia, Pa, 3.3.2011 n. 396).

«..... GA.....»

LE ACQUE DI DILEVAMENTO DEI PIAZZALI ADIBITI A PARCHEGGIO NON SONO ASSIMILABILI AGLI SCARICHI INDUSTRIALI

Nello specifico, ribadendo l'orientamento della Sezione in vicende analoghe (tra le altre, 22.1.2010, nn. 287 e 279; 14.10.2009, nn.5547 e 5545), va in particolare censurato l'operato del Comune resistente nella misura in cui esso ha ritenuto, sia pure implicitamente, che le acque di dilavamento dei piazzali adibiti a parcheggio siano assimilabili agli scarichi industriali. Al riguardo la Giunta regionale della Campania, con deliberazione 6.8.2008, n. 1350, ha adottato il disciplinare afferente gli scarichi di categorie produttive assimilabili che, per singole categorie produttive, vengono così di seguito assimilati: "(...)Acque di dilavamento piazzali adibiti a parcheggio. Industriali"; tuttavia la predetta deliberazione è stata annullata con sentenza (17.11.2008, n.19675), che allo stato non risulta appellata, della prima sezione del TAR Campania. Giova chiarire che la definizione di acque reflue industriali si caratterizza, ai sensi dell'art. 74, lett. h) del d. lgs. n. 152 del 2006, per la sua connotazione negativa, es-



sendo così definito qualsiasi tipo di acque reflue scaricate da edifici od impianti in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni diverse dalle acque reflue domestiche e dalle acque meteoriche di dilavamento; il criterio generale adottato dal legislatore per individuare le acque industriali è, dunque,

quello afferente alla qualità del refluo, tant'è che, in applicazione del citato criterio sostanziale, sono individuate dall'art. 101, comma 7, del d. lgs. alcune tipologie di acque assimilate quelle domestiche ai fini della disciplina degli scarichi (TAR, Campania, Na, 16.3.2011 n. 1479).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

L'APPLICAZIONE ALLE SANZIONI EDILIZIE DELLA DISCIPLINA GENERALE DI CUI ALL'ART. 16 DELLA L. 24.11.1981, N. 689 IN MATERIA DI SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE

dell'Avv. Paolo Pittori

L'art. 16 della l.24.11.1981, n. 689 si applica solamente alle ipotesi di dia postuma di cui all'art. 37 co. 4 del t.u. edilizia

Le presenti osservazioni ruotano attorno alla problematica relativa all'applicabilità della l. 24.11.1981, n. 689 ed in particolare della disciplina posta dall'art. 16 l. cit., alle sanzioni amministrative pecuniarie previste in materia edilizia.

L'art. 16 l. 689/81, è noto, riconosce al privato la facoltà di arrestare anticipatamente il procedimento sanzionatorio, attraverso il pagamento di una sanzione pecuniaria pari alla terza parte del massimo edittale, o, se più favorevole, al doppio del minimo.

Una prima delimitazione dell'ambito di applicazione della norma in esame è compiuta dal precedente art. 12 della l. cit., il quale circoscrive l'operatività del descritto meccanismo deflattivo in considerazione del dato morfologico (dovendo la sanzione avere ad oggetto una somma di denaro) e dell'opposta, o diversa, previsione normativa espressa (per la quale si ved., ad es., l'art. 11 *bis* d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. con modif. in l. 14.5.2005, n. 80, con riguardo alle sanzioni irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas) o implicita ("*in quanto applicabili*", recita la norma)¹.

¹ Nemmeno potrebbe escludersi una disciplina derogatoria ad opera del legislatore regionale, relativamente alle materie di legislazione esclusiva (così P. CERBO, Sanzioni amministrative, in S. CASSESE (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5429).

Una nutrita serie di eccezioni alla disciplina generale risulta così introdotta per via interpretativa.

La giurisprudenza attribuisce in tal senso rilievo alla "*necessaria contestualità tra la fase di accertamento dell'infrazione e l'eventuale irrogazione della sanzioni pecuniaria*" (così CdS, VI, 30.8.2002, n. 4362, richiamato da TAR Lazio, I, 2.8.2006, n. 6833, con riguardo alle sanzioni irrogate dall'Autorità Antitrust); ovvero alla quantificazione legislativa della sanzione pecuniaria in misura fissa o proporzionale (Cass., Sez. Lav., 22.4.1995, n. 4557, relativa alle sanzioni previste, secondo la disciplina applicabile *ratione temporis*, dall'art. 5, co. 13, d.l. 30.10.1984, n. 726, conv. con modif. in l. 19.12.1984, n. 863, in materia di violazione delle disposizioni sul lavoro a tempo parziale).

È quest'ultima una delle argomentazioni sovente spese per escludere l'applicazione dell' "*oblazione amministrativa*" alle sanzioni pecuniarie di cui alla materia edilizia (così TAR Lombardia, Br, 9.4.2004, n. 428, relativa alla ipotesi di cui all'art. 164 d. lgs. 490/99, secondo cui "*l'operatività dell'istituto dell'oblazione presuppone che la sanzione pecuniaria sia determinata a priori nel minimo e nel massimo in quanto, diversamente opinando, mancherebbe la base di riferimento per il calcolo previsto dall'art. 16 della l. 689/81 [...], salvo ammettere che la sua de-*

terminazione sia illogicamente rimessa all'arbitrio dell'amministrazione procedente").

Essa non pare tuttavia dirimente. Innanzitutto perché il meccanismo di liquidazione dell'oblazione in misura pari al doppio del minimo edittale ovvero alla terza parte del massimo (secondo le note regole di cui all'art. 16 l. 689/81) è limitato alle sole ipotesi nelle quali un minimo edittale sia specificamente fissato.

"Qualora sia stabilito" recita infatti la norma².

In secondo luogo, e correlativamente, perché in ipotesi di determinazione della sanzione in misura fissa o proporzionale, l'oblazione va determinata con riferimento alla terza parte dei suddetti importi, identificandosi con essi il minimo ed il massimo edittale (in termini Cass. I, 19.5.1989, n. 2407, in materia di escavazione abusiva di cave, richiamata, più di recente, da Cass., III, 2.8.2000, n. 10128).

Nessuna rilevanza parrebbe del pari dover si attribuire alla previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (per cui si ved. da ultimo l'art. 133, co. 1, lett. f, c.p.a., approvato con d. lgs. 2.7.2010, n. 104), in apparente contrasto con l'art. 22 bis, co. 2, lett. c, l. n. 689/81, il quale viceversa contempla per il giudizio di opposizione alle sanzioni irrogate per violazione delle disposizioni in materia di urbanistica ed edilizia la giurisdizione del giudice ordinario.

È infatti orientamento pacifico quello che esclude la possibilità di inferire regole di diritto sostanziale da norme processuali.

Ciò che sembra dunque realmente precludere l'applicazione della disciplina generale di cui alla l. 689/81 appare l'eventuale finalità *ripristinativa e non affittiva* delle sanzioni conseguenti alla perpetrazione di illeciti in materia edilizia. E cioè l'aver la pena irrogata il precipuo scopo di reintegrare, seppure

² Preme incidentalmente rilevare che l'inciso "ove sia stabilito", così come riferito nel novellato art. 16 al minimo edittale è stato introdotto dal legislatore per evitare l'applicazione del minimo – irrisorio – fissato in via generale dall'art. 10 l.n. 689/81, secondo il meccanismo invalso in una certa giurisprudenza. Sul punto si ved., tra le altre, Cass. I, 28.6.1995, n. 7280. È infatti nota l'irrelevanza, a fini interpretativi, dell'intenzione perseguita dal legislatore storico.

per equivalente, l'ordine urbanistico violato, essendo viceversa ad essa estranea ogni finalità retributiva del comportamento illecito³.

Un corretto approccio metodologico parrebbe pertanto quello volto ad indagare, per ciascun tipo di abuso, la natura giuridica della sanzione conseguente. È questa una soluzione interpretativa progressivamente prevalsa tra gli autori, i quali per lo più riconoscono la finalità punitiva della sanzione pecuniaria determinata tra un minimo ed un massimo, ovvero irrogata congiuntamente alla sanzione reale⁴.

Muovendo dalle ipotesi di ristrutturazione edilizia in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire, natura riparatoria va riconosciuta alle sanzioni di cui al co. 2 (sanzione pari al doppio dell'aumento di valore dell'immobile) e 4 (sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione); avendo viceversa la misura prevista dal co. 3, relativa alla ipotesi di abusiva trasformazione edilizia in zona vincolata, mera valenza affittiva.

La norma citata prevede infatti in tal caso

³ Sono queste considerazioni che inducono a sottolineare l'eterogeneità delle sanzioni in esame rispetto a quelle derivanti dal ritardato od omesso versamento del contributo di costruzione, della cui natura punitiva nessuno dubita (si ved., per tutti, TAR Toscana, I, 3.4.2009, n. 562) attenendo direttamente al rapporto contributivo" ed escludendosi ogni profilo relativo all'abuso sostanziale e formale.

⁴ Così N. ASSINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 603; A. FIALE, *Diritto Urbanistico*, Ed. giur. Simone, Napoli, 2008, p. 904; nonché, ancorché in termini dubitativi e limitatamente alla sola ipotesi delle sanzioni determinate entro un minimo ed un massimo, G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1040. In senso contrario parrebbero viceversa assestarsi P. STELLA RICHTER – IACONE, *Sub art. 33*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 399 ss., che riconoscono nelle misure di repressione in materia urbanistica "rimedi attraverso i quali l'Amministrazione tende ad eliminare la situazione di oggettivo squilibrio dell'assetto del territorio...o, comunque, a riequilibrarla" e ciò anche nell'ipotesi in cui le misure pecuniarie siano cumulative, "dovendosi agganciare la determinazione della misura pecuniaria effettiva, tra il minimo e il massimo edittali, alla portata delle opere e, dunque, alla gravità dell'abuso in relazione all'impatto urbanistico da esso derivante". In senso analogo, in giurisprudenza, cfr. TAR Liguria, I, 12.3.2009, n. 306; TAR Lombardia, Mi, II, 4.4.2007, n. 1397.

una pena pecuniaria da 516 a 5164 € da irrogare congiuntamente alla indefettibile misura reale restitutoria, con ciò palesando un evidente intento afflittivo e preventivo.

Natura riparatoria, ancora, dovrebbe attribuirsi alla sanzione pecuniaria irrogata nelle ipotesi di interventi eseguiti in parziale difformità, quante volte la riduzione in pristino non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità.

L'art. 34 T.U. ed. parametrata infatti l'obbligazione pecuniaria del trasgressore al "*doppio del costo di produzione ... della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale*", ovvero al "*doppio del valore venale ... per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale*", e ciò all'evidente scopo di consentire il riequilibrio dell'impatto urbanistico. Si tratta di osservazioni ben condensate in TAR Calabria, Cz, 22.12.2004, n. 2479, secondo cui: "*il carattere sussidiario della sanzione pecuniaria ... destinata a ricevere applicazione solo quando la misura sanzionatoria di carattere reale ... non possa essere legittimamente attuata ... induce a non differenziare radicalmente, quanto alla finalità perseguita, la sanzione ripristinatoria e quella pecuniaria...in contrario, invero, dovrebbe ammettersi che l'ipotetica spinta repressiva dell'ordinamento ... sarebbe recessiva a fronte del perseguimento di un valore (il ripristino dello status quo) dai tratti marcatamente disomogenei; non solo, ma l'impulso repressivo riprenderebbe vigore sulla scorta di un presupposto (l'oggettiva inapplicabilità della misura demolitoria) priva di ogni valenza di soggettiva riprovevolezza ... Concorrono inoltre, nella proposta direzione interpretativa, gli stessi criteri indicati dal legislatore per la*

quantificazione della sanzione pecuniaria ... che, essendo correlati a dati inerenti al valore oggettivo delle opere eseguite in difformità ... nettamente si differenziano da quelli personalistici contemplati dall'art. 11 l. n. 689/1981".

Con riferimento, infine, alla ipotesi di trasformazioni edilizie in assenza di DIA, ferma la natura ripristinatoria delle ipotesi di cui ai coo. 3 e 1 dell'art. 37 t.u. edilizia (per cui si ved. TAR Lazio, II *ter*, 30.1.2004, n. 906 che ritiene non operante nel caso in esame il principio personalistico, prescindendo dunque dalla equazione proprietario punito – proprietario trasgressore, al fine della legittimità dell'ordinanza-ingiunzione), ad opposta conclusione deve pervenirsi con riguardo al successivo co. 4 del medesimo art. 37, il quale accompagna alla presentazione della D.I.A. "*postuma*" l'irrogazione di una sanzione "*non superiore a 5.164 € e non inferiore a 516 €, stabilita dal responsabile del procedimento in relazione all'aumento di valore dell'immobile*" (così anche TAR Liguria, I, 20.6.2008, n. 1375, di annullamento di ordinanza comunale che nel determinare l'oblazione a seguito di presentazione della dichiarazione in sanatoria ha applicato la sanzione nella misura massima, ignorando "*i criteri che informano la quantificazione delle pene pecuniarie*").

Concludendo sul punto pare doveroso riconoscere al meccanismo deflattivo consistente nel pagamento in forma ridotta un ambito di applicazione notevolmente esiguo, avendo la disciplina degli abusi edilizi per lo più carattere speciale e non omologabile al sistema sanzionatorio previsto, per la generalità delle violazioni amministrative, dalla l. 689/81.

«.....GA.....»

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 293/2010: CONSEGUENZE DELLA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA SULLA C.D. ACQUISIZIONE SANANTE

dell'Avv. Domenico Tomassetti

Possibili contrasti giurisprudenziali in materia di occupazioni illegittime in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.43 del d.P.R. n.327/2001

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/01 (Testo Unico sulle Espropriazioni), di cui alla sentenza della C. cost. n. 293 dell'8.10.2010, ha privato la pubblica amministrazione di uno strumento legale (c.d. acquisizione sanante) per potere comunque addivenire al risultato dell'acquisizione del bene privato al patrimonio indisponibile della PA anche in presenza di un procedimento di espropriazione illegittimo (c.d. occupazione illegittima) ovvero divenuto inefficace.

Per meglio descrivere il vuoto normativo lasciato dalla espunzione dall'ordinamento giuridico di tale disposizione legislativa, è opportuno sintetizzare il concetto di occupazione illegittima nonché i meccanismi elaborati dalla giurisprudenza per consentire alla amministrazione, comunque, di acquisire il bene immobile privato nonostante il procedimento di espropriazione presenti delle patologie e non sia, quindi, conforme a legge.

E' chiaro, infatti, che un procedimento ablatorio, per essere conforme, in primo luogo, all'art. 42 cost., deve innanzitutto essere sorretto da un concreto interesse pubblico che giustifichi l'esproprio (*id est* il sacrificio del diritto dominicale del privato) e, ovviamente, deve essere eseguito nel rispetto della legge. Diversamente non si giustificerebbe la *ratio* del regime indennitario, in luogo di quello risarcitorio, nei confronti del privato inciso previsto dal medesimo art. 42 cost. che, come noto, presuppone l'esercizio di un'attività lecita e non *contra ius*, nonché la dichiarata prevalenza del pubblico interesse sul diritto di proprietà.

Pertanto occorre innanzitutto distinguere tra espropri legittimi (che danno luogo ad in-

dennità in seguito all'adozione del decreto di esproprio ovvero in seguito alla cessione volontaria di cui all'art. 20 del d.P.R. n. 327/01) ed occupazioni illegittime che, in via di principio, dovrebbero condurre al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. ovvero, al più, secondo le regole del c.d. contatto sociale qualificato (ed applicazione dei principi della responsabilità contrattuale).

Orbene, una occupazione è sicuramente illegittima quando manchi *ab initio* il potere di espropriare (carezza di potere in astratto produttiva di nullità ai sensi dell'art. 21 *septies* della l. n. 241/90 e s.m.i.) ovvero quando il potere si è esaurito (per decorso dei termini) ovvero quando sono stati annullati giurisdizionalmente (e con effetto retroattivo) gli atti del procedimento.

In questi casi, la giurisprudenza parla di c.d. occupazione usurpativa e non ammette l'acquisizione del fondo neanche quando questo sia stato irreversibilmente trasformato nella sua destinazione, con conseguente condanna dell'amministrazione procedente al risarcimento del danno (*restitutio in integrum* e ristoro della perdita di disponibilità del bene durante lo spossessamento); inoltre, laddove l'occupazione sia *sine titulo* e sprovvista di potere, verrà anche meno la giurisdizione esclusiva del g.a. sancita dall'art.133 c.p.a., potendosi definire, tali atti ablatori, meri comportamenti nemmeno mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico di esproprio (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., I, 16.7.2010, n.16750 del; Sez. Un., 9.6.2004, n.10978; TAR Veneto, 12.8.2004, n.2664).

Tuttavia, nella maggioranza dei casi, la PA pone in essere delle occupazioni illegittime non *sine titulo*, ma in presenza di una dichia-

razione di pubblica utilità che, oltre a radicare la giurisdizione in capo al G.A. ove non sia nulla e/o inesistente, consente una valida instaurazione del procedimento di ablazione che scade in una fase patologica il più delle volte solo in conseguenza della mancata adozione del decreto di esproprio, ma dopo aver prodotto la irreversibile trasformazione della destinazione del fondo ove insiste l'opera realizzanda.

Per ovviare a tale disfunzione del sistema - anche prima dell'entrata in vigore del citato art.43 T.U. espropriazioni - la giurisprudenza ha enucleato il concetto di "*accessione invertita*", che afferisce alla c.d. occupazione appropriativa, ove la dichiarazione di pubblica utilità può ritenersi sussistente ma diviene inefficace (Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. Un., 26.2.1983, n.1464) ovvero alla c.d. occupazione acquisitiva, che presuppone una dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace, nel senso che sorregge la prevalenza dell'interesse pubblico (Cfr., *ex plurimis*, Cass Civ., Sez. Un., 10.6.1988, n. 3940).

Orbene, con particolare riferimento alla occupazione acquisitiva, si afferma il verificarsi dell'acquisto della proprietà del fondo a titolo originario da parte della PA purchè questo, con la costruzione dell'opera pubblica, sia stato irreversibilmente trasformato dalla sua destinazione originaria, nonostante non sia stato adottato un formale decreto di esproprio che trasferisca la proprietà, sacrificata così alla pubblica utilità esclusivamente in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico sul diritto dominicale del privato.

In altri termini, anzichè dare applicazione letterale alle norme sull'accessione di cui all'art. 934 e ss. c.c. (per le quali ciò che insiste ovvero è costruito, anche da terzi, sul fondo appartiene al proprietario dello stesso) si dà prevalenza indiscussa all'interesse pubblico che anima certamente ogni procedimento ablatorio, ma che a ben vedere (cfr. lo stesso art. 43 d.P.R. n. 327/01) deve sempre e comunque essere oggetto di bilanciamento con quello del soggetto ablato, diversamente non avendo senso la stringente normativa, specialmente *in subiecta materia*, della partecipazione del privato al procedimento.

Resta fermo, in tali casi, il diritto al risar-

cimento del danno, essendo stata trasferita la proprietà a seguito di un illecito che la giurisprudenza considera permanente, cioè l'occupazione illegittima (Cfr., *ex plurimis*, CdS, IV, 21.4.2009, n. 2420).

Al riguardo è interessante segnalare che la C. cost. (n. 349/2007 e n. 66/2008) ha affermato l'illegittimità costituzionale delle norme di legge che non ancoravano il *quantum* del risarcimento al valore di mercato del fondo espropriato.

Va, tuttavia, registrato che il fenomeno dell'accessione invertita - fondato come detto sull'intervenuta irreversibile trasformazione del fondo in seguito ad una occupazione illegittima, ma sorretta da valida dichiarazione di pubblica utilità che dà luogo all'acquisizione del fondo alla PA edificante in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico - è stata più volte censurato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ne ha palesato l'illegittimo contrasto con l'art. 1 del primo protocollo della CEDU (Cfr., *ex plurimis*, CEDU, V, 22.6.2006 n.213).

Proprio in ragione del citato orientamento della CEDU, nella prassi amministrativa ha preso vieppiù piede l'utilizzo dell'art.43 del d.P.R. n.327/01, che consente - in tutti i casi di occupazione illegittima (cfr. co. 1), ma, in vero, anche prescindendo dall'irreversibile trasformazione della destinazione del fondo (Cfr., *ex plurimis*, TAR Campania, Sa, I, 10.6.2010, n.8692) - un intervento sanante *ex post* della PA che, *ab externo* del procedimento di esproprio (illegittimo), impone autoritativamente l'acquisizione (c.d. sanante) del fondo del privato, cui vanno risarciti tutti i danni da perdita del diritto dominicale.

Orbene, tale istituto - certamente utile all'interesse pubblico di sanare procedimenti ablatori diversamente destinati all'inefficacia (con connessi oneri risarcitori in capo alla PA espropriante) - è stato però dichiarato incostituzionale dalla C.cost. con la sentenza n. 293 dell'8.10.2010.

Al riguardo, non tragga in inganno che l'illegittimità costituzionale sia stata dichiarata per eccesso di delega e violazione dell'art. 76 Cost., in quanto il giudice delle leggi ha formulato un giudizio sulla sostanza dell'art. 43 cit., definendolo un inaccettabile strumento di

sanatoria dall'esterno di procedimenti amministrativi intrinsecamente viziati.

Ciò, infatti, non estrinsecandosi peraltro nelle forme del potere di autotutela, non costituirebbe un'espressione del medesimo *agere publicum* proprio del potere di esproprio, ma sarebbe un nuovo esercizio di potestà pubblicistiche posto in essere in eccessivo squilibrio nei confronti del cittadino (potendo intervenire in qualsiasi momento anteriore al decreto di esproprio, ad esso sostituendosi ma con diversi presupposti) e perciò violativo dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento che devono sorreggere ogni manifestazione dell'azione amministrativa.

D'altronde, che si tratti di istituto la cui ratio è diversa dalla c.d. accessione invertita è chiaro ove si consideri che l'acquisizione sanante è stata prevista anche per l'espropriazione delle servitù, mentre la giurisprudenza ha sempre escluso che possa configurarsi una occupazione acquisitiva (ovvero appropriativa) avente ad oggetto diritti reali *in re aliena* (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 29.5.1992, n.6477).

Tuttavia, se la dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 43 cit. appare coerente con il sistema, anche internazionale, delle regole di esercizio del potere di esproprio, ciò che non può sfuggire è che esiste, a tutt'oggi, un vuoto normativo in materia che solleva un peculiare e relevantissimo problema: come risolvere i casi, numerosissimi nella pratica, di occupazione illegittima.

La tentazione sarebbe quella di tornare all'antico e di risolvere il tutto con la c.d. accessione invertita, consentendo cioè l'acquisizione d'imperio del fondo a titolo originario con risarcimento del danno in favore del privato proprietario.

Tuttavia, come si è detto, ciò si porrebbe in contrasto con il diritto vivente della CEDU e, a ben vedere, è ormai fermo anche nel nostro ordinamento il principio per cui il sacrificio del diritto di proprietà del privato si possa giustificare solo in virtù, oltre che dell'interesse pubblico, di un procedimento legittimo di esproprio, salvo accordo tra le parti sulla cessione.

Non manca, addirittura, chi ritiene che l'acquisito della proprietà in capo alla PA e-

spropriante non debba avvenire per accessione (invertita), ma per specificazione ai sensi dell'art. 940 c.c. (Cfr. TAR Puglia, Le, 24.11.2010, n. 2683).

Senonchè tale giurisprudenza dimentica che la specificazione riguarda solo cose mobili e, in più, non servirebbe (in vero, come detto, al pari dell'accessione) a sorreggere l'acquisizione ablatoria delle servitù.

Infine l'applicazione automatica dell'istituto della specificazione non consente neppure alcuna valutazione sull'effettiva prevalenza del pubblico interesse, che sarebbe sotteso alla procedura espropriativa.

Non manca poi qualche pronunzia secondo la quale l'accessione di cui agli artt. 934 c.c. vada applicata non in maniera c.d. invertita, bensì letterale (Cfr. TAR Campania, Na, V, 18.1.2011, n. 262).

In quest'ottica, il privato che ha subito un'occupazione illegittima con conseguente irreversibile trasformazione del fondo a seguito di opera pubblica, ha diritto al risarcimento in forma specifica consistente nella *restitutio in integrum* del fondo (nei tempi e nei limiti di cui ai co. 4 e 5 dell'art. 36 c.c.) ovvero ad acquisire la proprietà delle opere costruite nelle modalità di cui al citato art. 936 c.c, cioè pagandone il "*valore dei materiali e il prezzo della manodopera oppure l'aumento di valore recato al fondo*".

Come può agevolmente rilevarsi, trattasi di una interpretazione - peraltro plausibile - che sembra addirittura far prevalere l'interesse privato a quello generale, laddove l'esercizio della funzione amministrativa sia stato illegittimo.

Sembra, pertanto, preferibile seguire il recente orientamento del Consiglio di Stato in s.g. (Cfr. CdS, IV, 28.1.2011, n. 676) secondo cui: (i) non può esistere alcun risarcimento al privato in assenza di perdita del suo diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato da occupazione illegittima da parte della PA; (ii) non può farsi applicazione della c.d. accessione invertita in quanto è da escludere che il trasferimento della proprietà possa prescindere, in una fattispecie procedimentale illegittima, dal consenso del privato; (iii) egli potrà anche agire per la *restitutio in integrum*, nonchè potrà chiedere il danno da illegittima

occupazione da calcolarsi sul valore venale del fondo per ogni anno di sofferto spossamento, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

La principale conseguenza di quanto statuito dalla citata decisione del Consiglio di Stato in s.g. è che l'effetto traslativo della proprietà del fondo può avvenire esclusivamente in base ad accordi negoziali, anche *ex art. 11 l. n. 241/90*, tra privato e PA, che prevedranno allora anche un obbligo risarcitorio in capo a quest'ultima, oltre che per la occupazione illegittima nei modi suddescritti sub (iii), anche per la privazione del diritto dominicale, in misura del valore di mercato del bene al momento del perfezionamento della transazione de qua. (in questo senso anche TAR Campania, Sa, II, 14.1.2011, n. 43).

La precipua distinzione introdotta dal Consiglio di Stato in s.g. rispetto al passato è che, in questa ricostruzione, l'acquisto della proprietà non è a titolo originario, proprio in quanto è frutto di un accordo negoziale tra privato e PA (da tenere distinto dalla cessione volontaria dei beni di cui all'art. 20 T.U. espropriazioni che non presuppone alcuna patologia del procedimento di esproprio) alla cui conclusione l'amministrazione è obbligata, se vuole ottenere il risultato che ha giustificato l'originaria dichiarazione di pubblica utilità.

Orbene, come può agevolmente rilevarsi, se l'istituto della c.d. acquisizione sanante - quale generale strumento di acquisto di beni (e diritti) soggetti ad esproprio (nemmeno,

secondo l'opinione dominante, irreversibilmente trasformati dalla loro destinazione originaria) - appariva di sospetta illegittimità, ma allo stesso tempo garantiva un buon grado di certezza sull'esito dei procedimenti di esproprio per pubblica utilità, oggi, alla luce della sua dichiarata incostituzionalità, non esiste una norma che consenta, con altrettanta certezza, di dare una coerente ed unitaria disciplina alle c.d. occupazioni illegittime che, diversamente, potranno essere oggetto di intollerabili (ma, in vero, fisiologici) contrasti interpretativi ed applicativi.

E', pertanto, auspicabile un rapido intervento del legislatore che traduca in atti aventi forza di legge quanto esprime la più autorevole giurisprudenza.

Il legislatore dovrà contemperare il pubblico interesse con il diritto dominicale del privato nella considerazione che non può esservi, nel contatto che interviene tra privato espropriando e PA espropriante, un automatico trasferimento della proprietà nel momento in cui avviene la irreversibile trasformazione del fondo (c.d. accessione invertita), ma che, conformemente al diritto comunitario ed internazionale, allorquando vi sia un'occupazione illegittima, il trasferimento della proprietà deve tornare nella esclusiva disponibilità del privato, libero di accettare, dietro risarcimento del danno, un sacrificio del proprio diritto di proprietà che l'amministrazione non è stata in grado di acquisire legittimamente con gli strumenti di cui dispone nell'esercizio del suo potere ablatorio.

«.....GA.....»

LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE AUTORITÀ D'AMBITO E LA TUTELA DI INTERESSI DIFFUSI

degli Avv.ti Anna Cinzia Bartoccioni e Sergio Fifi

Le A.T.O. costituite nella forma di società per azioni in quanto soggetti pubblici economici soggiacciono alla normativa di cui al d.lgs. dell'8.6.2001, n. 231, indipendentemente dal fatto che siano costituite o assegnatarie di funzioni pubbliche affidate da enti, centrali o territoriali

Gli enti pubblici economici soggiacciono alla normativa di cui al d. lgs. dell'8.6.2001, n. 231 *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della l. 29.9.2000, n. 300”*.

Questa la conclusione della Seconda Sezione della Corte di cassazione che, con la sentenza n. 234 del 10.1.2011 analizza, in particolare, il sistema delle società per azioni costituite o assegnatarie di funzioni pubbliche affidate da enti, centrali o territoriali.

Si parla, in questo caso, di *“autorità d'ambito”*, strutture con personalità giuridica che organizzano, affidano e controllano la gestione di determinati servizi pubblici integrati: ad esempio, quello idrico e quello dei rifiuti. Ambito Territoriale Ottimale (A.T.O.) è quello in cui, con legge regionale, vengono organizzati detti servizi. Secondo la l. n. 42/2010, che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 2/2010, gli A.T.O. dovrebbero essere aboliti entro marzo 2011 e le funzioni dovrebbero essere riattribuite dalle regioni. La tematica è tuttavia connessa ai prossimi referendum abrogativi 2011, riguardanti, tra l'altro, l'acqua (ed in generale i Servizi Pubblici): la normativa sul tema, pertanto, potrebbe evolvere.

Alle autorità d'ambito possiamo considerare morfologicamente affini i consorzi di comuni, che nascono, appunto, per la gestione integrata di servizi.

Il quesito cui si propone di rispondere la sentenza che si segnala è se dette figure siano soggette alla responsabilità da reato degli enti disciplinata dal d. lgs. n. 231/2001, responsabilità cui non soggiacciono, ai sensi dell'art. 1, co. 3, di detto decreto, lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti

pubblici non economici. Si vuole appurare, in altre parole, se le società d'ambito, costituite nella forma di società per azioni, per espletare secondo criteri di economicità le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alla stessa da enti pubblici territoriali, siano inquadrabili nel novero dei soggetti esclusi.

Nel processo de quo, è il pubblico ministero a ricorrere, e lamenta la linea adottata dal Tribunale di prime cure: questi, pur riconoscendo alla Società per azioni coinvolta la natura di ente pubblico economico, ha ritenuto la stessa non soggetta al d. lgs. n. 231/2001.

Ciò, sulla scorta di una interpretazione dell'art 1, co. 3, del decreto che il ricorrente ritiene erronea e per la quale il trasferimento da parte dei Comuni della provincia delle loro funzioni all'A.T.O. in questione, che svolge conseguentemente funzioni pubbliche proprie degli enti territoriali, la solleverebbe da responsabilità.

L'interpretazione del Tribunale amplia il novero dei soggetti esclusi dall'applicazione del citato d. lgs. n. 231/01, e produce, a cascata, una disapplicazione e, sostanzialmente, una violazione tanto dell'art. 15, co. 1 lett. a)¹,

¹ L'articolo è intitolato al Commissario giudiziale e recita che, *“se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. 2. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giu-*

quanto dell'art. 45, co. 3 del predetto decreto².

Il primo disciplina la nomina di un commissario straordinario in sostituzione di una sanzione interdittiva e per un tempo corrispondente alla durata della medesima, quando, tra l'altro, la stessa sia suscettibile di determinare una interruzione di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità con grave pregiudizio per la collettività.

Il secondo prevede l'applicabilità dello strumento di cui all'art. 15 (con gli stessi presupposti, evidentemente) quando il pubblico ministero ritenga ricorrere l'esigenza di una misura cautelare³.

dice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente. 3. Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice. 4. Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato. 5. La prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva.

² Art. 45. Applicazione delle misure cautelari: "Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, co. 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. 2. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza, in cui indica anche le modalità applicative della misura. Si osservano le disposizioni dell'articolo 292 del codice di procedura penale. 3. In luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale a norma dell'art. 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata.

³ Sul tema cautelare si è espressa ampiamente la giurisprudenza. Secondo la Suprema Corte (Cass. Pen., Sez. II, 16.4.2009, n. 20506, Soc. Impregilo; ma già Id., Sez. Un., 27.3.2008, n. 26654, Soc. Fisia Italimpianti), ad esempio, in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, il profitto del reato oggetto del provvedimento ablativo è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal dan-

neggiato dal reato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente. Inoltre (Cass. Pen., Sez. VI, 25.1.2010, n. 20560, Soc. Impr. Ferrara), quanto alla "estensione" della misura cautelare interdittiva o del potere del commissario giudiziale, il giudice, quando dispone una misura o procede alla nomina, deve limitare, ove possibile, l'efficacia del provvedimento alla specifica attività della persona giuridica alla quale si riferisce l'illecito. Il principio rimane valido anche nel caso in cui l'ente svolga una sola attività, ma la misura possa essere limitata ad una parte della stessa. Sempre in materia di commissario giudiziale, poi, il Consiglio di Stato ha sostenuto che la mera pendenza di un procedimento penale non è ostativa alla partecipazione alle procedure di gara e, non sussistendo previsioni specifiche che impediscano a un'impresa soggetta alla misura interdittiva del commissariamento ex art. 15 d.leg. n. 231/2001, si deve ritenere illegittimo il mancato invito dell'impresa a una trattativa privata (CdS, V, 13.7.2006, n. 4415, Soc. coop. La Fiorita c. Asl 1, Brindisi). In tema, inoltre, si sono espressi anche i giudici di merito (G.i.p. T. Salerno, 28.3.2003, Soc. Ivam), quando hanno sostenuto, ad esempio, che la misura cautelare interdittiva della revoca dei finanziamenti non è applicabile nei confronti di un ente che se ne sia reso cessionario da un ente pubblico non economico, ancorché in forza di uno schema contrattuale illegittimo. Ove irrogabile - ricorrendo i presupposti dell'art. 13 del d.lgs. n. 231/01 - la più grave misura cautelare interdittiva, si è riconosciuto che il giudice può discrezionalmente disporre ex art. 45, 3° comma, la sostituzione con la nomina del commissario giudiziale (art. 15) onde recuperare una situazione di legalità organizzativa dell'ente ed impedire sue condotte recidivanti. Ancora, non può applicarsi la misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la p.a., ma deve nominarsi un commissario giudiziale nei confronti di un ente che lavori prevalentemente nel settore degli appalti pubblici, poiché l'interruzione dell'attività avrebbe ripercussioni negative sull'occupazione (G.i.p. T. Roma, 4.4.2003, Soc. Finspa). È stato, ancora, ammesso che, in caso di gravi, consistenti e attuali esigenze cautelari di commissione di reati di corruzione e truffa aggravata nei confronti della p.a., è possibile applicare agli enti la misura dell'interdizione dall'esercizio dell'attività per la durata di un anno ai sensi dell'art. 9, co. 2, lett. a), d. lgs. 231/2001; nella fattispecie concreta, tuttavia, in considerazione dell'elevato numero di dipendenti degli enti interessati dai reati e in considerazione del fatto che i dipendenti delle società, svolgono un servizio di pubblica necessità la cui interruzione potrebbe provocare un evidente grave pregiudizio alla collettività, può disporsi, ai sensi dell'art. 15 d. lgs. n. 231/2001, la prosecuzione dell'attività degli enti da parte di un commissario giudiziale per un periodo di un anno (G.i.p. T. Milano, 20.9.2004, Soc. vigil. città Milano). Quanto agli atti che può compiere detto commissario, si è detto che può compiere atti di ordinaria e, se autorizzato, di straordinaria amministrazione, per la prosecuzione temporanea dell'attività, ma non è tenuto a curare l'adozione

In base al dato normativo, correttamente interpretato e letto, della disciplina concernente la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, secondo la Corte di cassazione possono essere esonerati dall'applicazione del d. lgs. n. 231/2001 soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici (art. 1, ultimo comma).

La natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, e però non sufficiente per l'esonero dalla disciplina in questione; deve necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di attività economica da parte dell'ente medesimo. Nel caso in questione, ad esempio è apparso pacifico lo svolgimento dell'attività economica da parte della società per azioni "imputata". Anzi, proprio la sua struttura societaria evidenzia la presenza di una tale caratteristica, da cui deriva l'applicabilità dell'art. 2201 c.c. in tema di obbligatoria iscrizione nel registro delle imprese per gli enti di qual si voglia natura che abbiano per oggetto esclusivo o, comunque, principale, lo svolgimento di un'attività commerciale.

Detta normativa trova applicazione nel caso in analisi perché, già secondo il Tribunale del riesame, deve informare, tra l'altro, la propria attività a criteri di economicità consentendo la totale copertura dei costi della gestione integrata e integrale del ciclo dei rifiu-

e l'efficace attuazione di modelli penal-preventivi, presupponendo tale onere l'intervenuta sentenza di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente (G.i.p. T. Bari, 18.4.2005, Soc. coop. La Fiorita). Si è poi sostenuto che, nel corso di un procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo ai sensi del Decreto in parola, non è applicabile nei confronti dell'ente una misura cautelare interdittiva più gravosa di quella richiesta dal p.m. (G.i.p. T. Salerno, 28.3.2003, Soc. Ivam: nella specie, il giudice rigettava l'istanza della difesa dell'ente, di nominare un commissario giudiziale in luogo della misura cautelare richiesta dall'accusa della revoca dei finanziamenti già concessi, sul presupposto che la nomina del commissario è consentita solo in conseguenza delle più gravi misure interdittive che determinano l'interruzione dell'attività dell'ente)

ti⁴.

Il Tribunale, per escludere l'applicabilità della disciplina di cui al d. lgs. n. 231/2001, ha portato il dato dell'avvenuto trasferimento di funzioni dall'ente territoriale comune alla società d'ambito costituita in forma di società per azioni - a seguito del commissariamento emergenziale della regione in materia di rifiuti, come imposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della protezione civile -. Questo dato è irrilevante o, in ogni caso, insufficiente secondo il Giudice di legittimità. La corretta interpretazione, pertanto, è quella che porta ad escludere dall'applicazione delle misure cautelari e delle sanzioni previste dal d. lgs. n. 231/2001 gli enti che siano non solo pubblici, ma che svolgano, pure, funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti, sotto il profilo dell'assetto costituzionale dello Stato-amministrazione.

In questo caso, infatti, vengono in considerazione ragioni dirimenti che traggono la loro origine dalla necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione costituzionale del Paese.

Proprio dal trasferimento delle funzioni dall'ente territoriale alla Società d'ambito sarebbe dovuta derivare, secondo il Tribunale, l'impossibilità di applicare la disciplina del d. lgs. n. 231/2001 nel caso in esame. A nulla è servito, però, agli occhi della Corte, lo svolgimento di un'attività, che ha sicuramente ricadute indirette su beni costituzionalmente garantiti, quali ad esempio il diritto alla salute (art. 32 cost.), il diritto all'ambiente (art. 9 cost.), perché è emersa la esclusiva o, comunque, preminente attività di impresa della Società interessata, che innanzitutto è impo-

⁴ Il Giudice di legittimità sul punto si era già espresso: sia riconoscendo, in generale, che gli enti pubblici che svolgono attività economica e le società commerciali a capitale «misto», pubblico e privato, che svolgono servizi pubblici rispondono dei reati commessi nel loro interesse o vantaggio ai sensi delle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001 (Cass. Pen., Sez. II, 9.7.2010, n. 28699, Vielmi); sia, nello specifico delle società d'ambito, che sono soggette alla normativa in parola le società per azioni costituite per svolgere, secondo criteri di economicità, le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti trasferite alle stesse da un ente pubblico territoriale (Cass. Pen., Sez. II, 26.10.2010, n. 234, E.).

stata, per statuto, su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata ed integrale del ciclo dei rifiuti.

La Suprema Corte dichiara di non voler avallare apoditticamente un criterio “*formale*” di applicazione della norma, ma di individuare saggiamente, attraverso una lettura strutturale della norma medesima, il suo corretto ambito applicativo, che però emerge, ovviamente, anche dal dato letterale.

Il principio reso dalla Corte di cassazione è che l'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, quali sono riconosciute agli enti pubblici territoriali, come pure i comuni, non possono essere riconosciute *tout court* a soggetti che hanno la struttura di una società per azioni, in cui la funzione di realizzare un utile economico è, comunque, un dato caratterizzante la loro costituzione. Una conclusione

diversa porterebbe all'inaccettabile conclusione, sicuramente al di fuori sia della volontà del legislatore delegante che del legislatore delegato, di escludere dall'ambito di applicazione della disciplina in esame un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore dello smaltimento dei rifiuti, e quindi con attività in cui viene in rilievo, come interesse diffuso, il diritto alla salute e all'ambiente, ma anche là dove viene in rilievo quello all'informazione, alla sicurezza antinfortunistica, all'igiene del lavoro, alla tutela del patrimonio storico e artistico, all'istruzione e alla ricerca scientifica; in sostanziale sintesi, in tutti i casi in cui vengono ad essere coinvolti, seppur indirettamente, dall'attività degli enti interessati, i valori costituzionali di cui alla parte prima della Costituzione⁵.

⁵ Si veda anche Cass. Pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, C.E.D.

COSTRUZIONE ED ESERCIZIO DEGLI IMPIANTI NUCLEARI

degli Avv.ti Antonio Cordasco e Luca Fiasconaro

Necessario acquisire il parere della regione interessata in ordine al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica nucleare (C. cost., 2.2.2011, n.33)

La costruzione delle centrali nucleari nel territorio italiano è regolata nel nostro ordinamento dal d. lgs. 15.2.2010, n. 31, recante *“Disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagne informative al pubblico, a norma dell'art. 25 della l. 23.7.2009, n. 99”*.

Tale provvedimento, entrato in vigore il 23.3.2010, detta le regole per la localizzazione, la realizzazione e l'esercizio delle centrali nucleari e dei depositi delle scorie radioattive, per le misure compensative e le campagne informative al pubblico.

Il d. lgs. n. 31/2010 stabilisce che per la costruzione e la messa in esercizio delle centrali atomiche è necessaria un'autorizzazione unica rilasciata all'operatore dal Ministro dello Sviluppo Economico, d'intesa con la Conferenza Unificata e di concerto con gli altri Ministri, e definisce i requisiti degli operatori che eserciteranno l'attività nucleare, e la procedura che essi devono seguire per presentare i progetti per lo sviluppo di impianti.

La procedura autorizzatoria ha inizio tramite la presentazione al Ministro dello Sviluppo Economico, di un'istanza di certificazione del sito sul quale gli operatori intendono insediare la centrale atomica. L'istanza deve contenere l'indicazione puntuale del sito, il progetto preliminare dell'impianto, le indagini tecniche, la valutazione di sicurezza e degli effetti ambientali, ecc..

Successivamente, è previsto che le regioni debbano esprimersi sui tali progetti, secondo una procedura e una tempistica molto articolata (artt. 11 e 12 del d. lgs. n. 31/2010), al

termine della quale l'operatore potrà richiedere l'autorizzazione unica, contenente il progetto definitivo della centrale, lo studio di impatto ambientale, il modello operativo per la gestione e lo studio di disattivazione dell'impianto.

La suindicata disciplina è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale, promossa dalla regione Toscana con riferimento agli artt. 117, 118 e 120 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione, in quanto talune disposizioni del d. lgs. n. 31 del 2010 sarebbero state lesive delle competenze regionali costituzionalmente garantite.

In particolare, l'art. 4, nel prevedere che l'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari fosse rilasciata dal Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell'Ambiente e con il Ministro delle Infrastrutture, previa intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d. lgs. 28.8.1997, n. 281, non avrebbe assicurato alcun ruolo incisivo alla regione direttamente interessata alla localizzazione dell'impianto come, invece, sarebbe stato necessario, essendo coinvolte molteplici competenze regionali ed, in particolare, quelle relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, al turismo e alla valorizzazione dei beni culturali e ambientali.

Con la sentenza n. 33 del 2.2.2011 la Consulta, per quel che concerne il presente intervento (essendo detta sentenza complessivamente più articolata), ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma sopra indicata, nella parte in cui non prevedeva che la regione interessata, anteriormente all'intesa con la Conferenza unificata, esprimesse il proprio parere in ordine al rilascio del-

l'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari.

Ed invero, *“un adeguato meccanismo di rappresentazione del punto di vista della Regione interessata, che ragionevolmente bilanci le esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa e gli interessi locali puntualmente incisi, è costituito dal parere obbligatorio, seppur non vincolante, della regione stessa. Attraverso tale consultazione mirata, la regione è messa infatti nelle condizioni di esprimere la propria definitiva posizione, distinta nella sua specificità da quelle che verranno assunte dagli altri enti territoriali in*

sede di Conferenza unificata”.

Occorre in ogni caso ricordare che molteplici disposizioni del d. lgs. n. 31/2010 ed in particolare, per quanto qui interessa, l'intero Titolo II, rubricato *“Procedimento unico per la localizzazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari; disposizioni sui benefici economici per le persone residenti, gli enti locali e le imprese; disposizioni sulla disattivazione degli impianti”*, contenente gli artt. da 4 a 24, saranno oggetto, unitamente ad altre norme, del terzo quesito del referendum abrogativo fissato per le date del 12-13 giugno 2011.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- URBANISTICA -

della Prof.ssa Maria Rosaria Salerni

Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.3.2011, n. 1534
Concessioni demaniali - scadenza - conseguenze - rimessione in pristino - obbligo - sussiste.

PRUSST - varianti - efficacia cogente - oneri economici - natura programmatica.

L'obbligo di rimessa in pristino alla scadenza delle concessioni demaniali prescinde dalla pericolosità dei manufatti realizzati, derivando direttamente dai principi generali in materia di concessione di beni pubblici e dalla stessa definizione dell'istituto concessorio, che determina la distrazione di un bene normalmente destinato all'uso generale a beneficio di un soggetto particolare: ne deriva che, a meno di espressa previsione in contrario, la restituzione alla mano pubblica presuppone la previa rimozione delle opere realizzate per l'interesse del concessionario.

Il decreto di adozione del PRUSST ha, analogamente agli accordi di programma, natura duplice; e cioè immediatamente cogente ex artt. 27 l. 142/90 e 81 d.P.R. 616/77 per le varianti allo strumento urbanistico; e programmatico ai sensi dell'art. 13 l. 179/1992 per quanto riguarda la ripartizione degli oneri tra parte pubblica e privati attuatori, avendo questa bisogno di essere attuata mediante successivi adempimenti.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.2.2011, n. 1015
PRG - scelte - motivazione specifica - obbligo - non sussiste - affidamento specifico - obbligo - sussiste.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale, le scelte effettuate dalla PA in sede di formazione ed approvazione dello strumento urbanistico generale sono accompagnate da un'amplissima valutazione discrezionale che, nel merito, appaiono insindacabili e che sono per ciò stesso attaccabili solo per errori di fatto, per abnormità e irrazionalità delle stesse.

Le scelte relative alla destinazione delle singole aree non necessitano di una specifica motivazione se non nel caso che la scelta vada ad incidere negativamente su posizioni giuridicamente differenziate, ravvisabili unicamente nell'esistenza di piani e/o progetti di lottizzazione convenzionati già approvati o situazioni di diverso regime urbanistico accertate da sentenze passate in giudicato.

TAR Campania, Na, Sez. II, 4.3.2011 n. 1304
PRG - approvazione - stralcio - modifiche d'ufficio - differenze - conseguenze - preventiva consultazione - necessità - non sussiste - obbligo di ripubblicazione - necessità - non sussiste.

PRG - approvazione - modifiche d'ufficio - potere - innovazioni sostanziali - non sussiste.

PRG - adozione - procedimento - pubblicazioni - rinnovazione - presupposti.

In sede di approvazione di PRG la giurisprudenza distingue lo «stralcio», con cui la regione restituisce al comune l'iniziativa del procedimento pianificatorio, dalle «modifiche d'ufficio» con cui sovrappone ultimativamente la propria volontà a quella del comune. Ne discende che ai fini dello stralcio non è necessaria la preventiva consultazione del comune, che la legge richiede, invece, rispetto alle modifiche; né operano i limiti di cui all'art. 10 l. n. 1150/1942; ovvero sussiste un obbligo di ripubblicazione del piano adottato.

Il potere regionale di introdurre modifiche d'ufficio agli strumenti urbanistici non può spingersi fino a variare le scelte del comune circa il mutamento di destinazione di aree e di zone, trattandosi di innovazioni sostanziali che afferiscono alla discrezionalità amministrativa pura, la quale pertiene unicamente all'ente locale.

Nel procedimento di formazione dei piani regio-

latori generali, la pubblicazione prevista dall'art. 9 l. 1150/1942 non è richiesta ove il piano originario risulti modificato a seguito dell'accoglimento di alcune osservazioni o di modifiche introdotte in sede di approvazione regionale salve le ipotesi dell'accoglimento delle osservazioni formulate dai privati comportanti una profonda deviazione dai criteri posti a base del piano adottato; della delibera comunale di controdeduzioni alle proposte di modifica regionali che introduca variazioni rilevanti al piano adottato; nonché di ampi stralci da parte della regione.

TAR Toscana, Sez. II, 4.2.2011, n. 224

Impianto per la messa in riserva e recupero di rifiuti - approvazione - destinazione d'uso dell'area - modifica - valutazione - discrezionalità - sussiste.

L'effettiva destinazione urbanistica di un'area destinata alla realizzazione di un impianto per la messa in riserva e recupero di rifiuti speciali non pericolosi, rientra tra gli elementi che la conferenza di servizi deve tenere in considerazione nell'assumere il proprio parere, sostituendo l'approvazione del progetto ad ogni effetto visti, pareri, autorizzazioni e concessioni di organi regionali, provinciali e comunali, e costituendo, ove occorra, variante allo strumento urbanistico.

Nondimeno, ciò non significa che la destinazione urbanistica vigente dell'area in cui l'impianto dovrà sorgere possa essere stravolta o mutata a piacimento o, comunque, sia un aspetto indifferente o cedevole rispetto all'esigenza prospettata dal soggetto interessato. In altre parole, la destinazione urbanistica della zona non costituisce una variabile dipendente rispetto alla scelta discrezionale dell'amministrazione di approvare o meno il progetto presentatole.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 31.1.2011, n. 205

Convenzioni urbanistiche - jus variandi - condizioni - potere pianificatorio - riedizione - possibilità - sussiste.

PRG - motivazione - obbligo specifico - non sussiste.

Le convenzioni urbanistiche ben rientrano nel modello procedimentale di cui all'art. 11, l. 241/90 (accordi sostitutivi del provvedimento)

con lo scopo di definire il contenuto sostanziale di un accordo pianificatorio territoriale tra l'autorità pubblica ed il privato contraente. Ne discende che ferma l'impossibilità di una modifica autoritativa degli obblighi determinati anche col consenso del privato, sono comunque possibili variazioni introdotte in virtù della iniziativa di parte pubblica in sede di emanazione di un nuovo strumento urbanistico generale, implicando quest'ultimo la revisione generale dell'intero assetto urbanistico del territorio comunale.

Le determinazioni assunte all'atto dell'adozione di PRG ovvero di variante al piano medesimo costituiscono apprezzamenti di merito sottratti al sindacato di legittimità salvo che non siano inficiate da errori di fatto o abnormi illogicità, e non necessitano di apposita motivazione oltre a quella che si può evincere dai criteri generali di ordine tecnico discrezionali seguiti nell'impostazione del piano e/o della variante generale.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 31.1.2011, n. 204

PIRP - indeterminatezza - conseguenze - nullità.

PIRP - nullità - conseguenze - vincoli - decadenza.

Va dichiarata la nullità di un programma integrato di riqualificazione urbana al quale non risultino allegati planimetrie, cartografie, progetti, relazione illustrativa e che non chiarisca, nemmeno per relationem, la natura e la ubicazione delle opere allo stesso inerenti, non mettendo la relativa delibera alcun cittadino in grado di interloquire.

La nullità delle delibera di approvazione del PIRP importa l'inesistenza della dichiarazione di p.u. delle opere in esso ricomprese; e, conseguentemente, l'illegittimità dei correlativi decreto di occupazione di urgenza e piano partecellare di esproprio.

TAR Umbria, 24.1.2011, n. 34

V.A.S. - obbligo - decorrenza.

PRG - scelte - motivazione specifica - obbligo - non sussiste - affidamento specifico - obbligo - sussiste.

La Dir. CE 27.6.2001, n. 2001/42, nella parte in cui impone l'effettuazione della valutazione ambientale strategica (cd. V.A.S.) nel corso del

procedimento di formazione dello strumento urbanistico, non è self executing, in quanto introduce un nuovo istituto nell'ordinamento degli Stati membri, dovendo quindi questo necessariamente essere recepito e disciplinato dal legislatore interno, ciò che nel nostro ordinamento è avvenuto con d. lgs. 16.1.2008, n. 4.

Secondo la costante giurisprudenza, le scelte effettuate dall'amministrazione nell'adozione degli strumenti urbanistici costituiscono apprezzamenti di merito sottratti al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità, sicché anche la destinazione data alle singole aree non necessita di apposita motivazione, oltre quella che si può evincere dai criteri generali di ordine tecnico discrezionale, salvo che particolari situazioni abbiano creato aspettative od affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiano meritevoli di specifiche considerazioni (come ad esempio nel caso della lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante da convenzioni di lottizzazione, ovvero da giudicati di annullamento di dinieghi di titoli edilizi o di silenzio rifiuto su una domanda di permesso di costruire).

TAR Toscana, Sez. I, 20.1.2011, n. 111

PII - piano di recupero - incompatibilità - non sussiste.

PRG - motivazione - obbligo - non sussiste.

Ai sensi dell'art. 65, l. reg. 1/2005, non è escluso che un piano integrato d'intervento possa essere seguito da un piano attuativo, come strumento urbanistico di dettaglio, col risultato che non appare ontologicamente incompatibile la previsione di un piano di recupero con riferimento ad interventi previsti da un precedente

piano integrato d'intervento.

Se le scelte urbanistiche, in quanto connotate da un tasso di discrezionalità significativamente elevato, non necessitano di altra motivazione oltre quella che è dato evincere dall'esame dei criteri di ordine tecnico seguiti per la redazione degli atti di pianificazione, tuttavia sussiste un obbligo di motivazione rafforzato in capo all'amministrazione nei casi nei quali sussiste un affidamento qualificato del privato (fattispecie relativa all'introduzione di norma urbanistica volta a subordinare l'edificazione alla previa adozione di un piano di recupero, nonostante la previa adozione di un piano di miglioramento agricolo e poi di un programma integrato d'intervento; con la conseguente richiesta di rilascio dei titoli edilizi seguita da richieste istruttorie da parte del comune, da un atto di sottomissione e dalla realizzazione di opere a scomputo).

TAR Calabria, Cz, sez. I, 12.1.2011, n. 31

Piano di lottizzazione - natura programmatica - convenzione - stipula - obbligo - non sussiste.

Prima della stipula della convenzione di lottizzazione, l'amministrazione comunale può rivedere le proprie determinazioni pianificatorie espresse sull'area attraverso il piano di lottizzazione, attesa la sua natura meramente programmatica.

Il piano di lottizzazione, infatti, è, di per sé, idoneo a far sorgere in capo ai privati aspettative giuridicamente qualificate in ordine al regime urbanistico delle aree ricomprese nello strumento attuativo, nonché dalla separatezza tra la fase della approvazione del piano e quella della stipula della convenzione.

«.....GA.....»

- EDILIZIA -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte di Cassazione, SS UU., ord. 23.3.2011, n. 6594

PdC - annullamento d'ufficio - conseguenze - responsabilità - sussiste.

*Nel caso in cui un soggetto, titolare del diritto di edificare su di un fondo di sua proprietà, perda tale diritto a seguito di annullamento del permesso di costruire o per annullamento amministrativo o per annullamento giurisdizionale, sussiste solo un mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla PA in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento di poter legittimamente procedere alla edificazione del fondo. In tal caso, quindi, sussiste la giurisdizione dell'A.G.O. per la relativa domanda risarcitoria.*

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.3.2011, n. 1770

PdC - rilascio - legittimazione - verifica - titolo - obbligo - sussiste - accertamenti ulteriori - obbligo - non sussiste.

L'amministrazione comunale, nel corso dell'istruttoria sul rilascio della concessione edilizia, deve verificare che esista il titolo per intervenire sull'immobile per il quale è chiesta la concessione edilizia.

In sede di verifica sulla legittimazione al rilascio del permesso di costruire il comune non ha l'obbligo di effettuare complessi accertamenti diretti a ricostruire tutte le vicende riguardanti la titolarità dell'immobile, o di verificare l'inesistenza di servitù o altri vincoli reali che potrebbero limitare l'attività edificatoria dell'immobile, atteso che la concessione edilizia è un atto amministrativo che rende semplicemente legittima l'attività edilizia nell'ordinamento pubblicistico, e regola solo il rapporto che, in relazione a quell'attività, si pone in essere tra l'autorità amministrativa che lo emette ed il soggetto a favore del quale è emesso, ma non

attribuisce a favore di tale soggetto diritti soggettivi conseguenti all'attività stessa, la cui titolarità deve essere sempre verificata alla stregua della disciplina fissata dal diritto comune.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 10.3.2011, n. 1565

Parcheggi - costruzione in deroga - ristrutturazione - facoltà - sussiste - nuova edificazione - facoltà - va esclusa.

Standard - parcheggi privati - regimi giuridici.

È interpretazione giurisprudenziale consolidata che l'art. 9, l. 122/1989, nel consentire la costruzione di parcheggi, da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari, nel sottosuolo degli immobili o nei locali siti al piano terreno anche in deroga alla vigente disciplina urbanistica, concerne i soli fabbricati già esistenti e non anche le concessioni edilizie rilasciate per realizzare edifici nuovi, per cui invece si applica l'art. 2, co. 2, l. cit., la quale, nel novellare l'art. 41 sexies, l. 1150/1942, stabilisce l'obbligo di riservare appositi spazi per parcheggi di misura non inferiore a 1 mq per ogni 10 mc di costruzione.

In tema di spazi destinati a parcheggi privati in complessi condominiali di nuova costruzione, il susseguirsi d'interventi legislativi incidenti sulla limitazione dell'autonomia privata in ordine alle dimensioni minime di tali spazi e al regime di circolazione, ha determinato l'esistenza di tre diverse tipologie di parcheggio, assoggettate a regimi giuridici differenziati tra di loro: a) i parcheggi soggetti ad un vincolo pubblicistico di destinazione, produttivo di un diritto reale d'uso in favore dei condomini e di un vincolo pertinenziale ex lege, che non ne esclude l'alienabilità separatamente dall'unità immobiliare, disciplinati dall'art. 18 l. 765/1967; b) i parcheggi soggetti al vincolo pubblicistico d'inscindibilità con l'unità immobiliare, introdotti dall'art. 2 l. 122/89, assoggettati ad un regime di circolazione controllata e di utilizzazione vincolata e, conseguentemente non trasferibili autonomamente; c) i parcheggi realizzati in ec-

cedenza rispetto agli spazi minimi inderogabilmente richiesti dalla disciplina normativa pubblicistica, ad utilizzazione e a circolazione libera; (d) i parcheggi disciplinati dall'art. 12, co. 9, l. 246/2005, definitivamente liberalizzati nel regime di circolazione e trasferimento, quante volte si riferiscano a costruzioni realizzate o alienate successivamente alla entrata in vigore della legge medesima.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 2.3.2011, n. 1292

Fascia di rispetto aeroportuale - costituzione ex lege - va affermata.

Fascia di rispetto aeroportuale - natura assoluta - va affermata.

Va riconosciuta l'immediata efficacia del vincolo di inedificabilità nella zona di rispetto aeroportuale, segnatamente a partire dal momento in cui l'aeroporto viene ad esistenza ed è operativo e sono individuate le sue caratteristiche e modalità di utilizzo per le operazioni di volo; e cioè a partire dal momento in cui interviene il d.m. che individua - unitamente alla destinazione o meno dell'aeroporto al traffico strumentale e notturno - la direzione e la lunghezza di atterraggio, il livello medio dell'aeroporto e dei tratti di perimetro corrispondenti alle direzioni di atterraggio.

Il vincolo di inedificabilità stabilito dall'art. 715, co. 1, c. nav. è indistintamente riferito a qualsiasi ostacolo (costruzione, piantagione, linea elettrica, ecc.) realizzato nella zona di rispetto e non prende in considerazione eventuali rapporti di pertinenza o di ampliamento di strutture già esistenti.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.2.2011, n. 1271

Pdc - rilascio - ritardo - obbligo risarcitorio - sussiste - condizioni - colpa - necessità.

È risarcibile il danno da ritardo conseguente al tardivo rilascio del permesso di costruire, qualora questo sia riconducibile ad un atteggiamento colposo dell'amministrazione (fattispecie nella quale il provvedimento autorizzatorio è stato rilasciato decorsi due anni dal completamento dell'istruttoria).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 16.2.2011, n. 1013

Standard - monetizzazione - natura giuridica - contributi concessori - differenze.

La monetizzazione degli standard, sia essa

un'imposizione di tipo tributario o un corrispettivo di diritto pubblico, non vive in alcun modo della natura e delle finalità proprie del contributo concessorio costituito dagli oneri di urbanizzazione e dal costo di costruzione che accompagna naturaliter l'autorizzazione a costruire. Invero, mentre il pagamento degli oneri di urbanizzazione si risolve in un contributo per la realizzazione delle opere stesse, senza che insorga un vincolo di scopo in relazione alla zona in cui è inserita l'area interessata alla imminente trasformazione edilizia, la monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard afferisce al reperimento delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria all'interno della specifica zona di intervento.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.2.2011, n. 813

PdC - rilascio - commissione edilizia - parere - comunicazione - equivalenza - non sussiste.

PdC - rilascio - per silentium - configurabilità - condizioni.

Secondo la costante giurisprudenza, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 10/1977, non è più sostenibile che il rilascio del parere della commissione edilizia comunale e la sua comunicazione equivalgono al rilascio della concessione edilizia comunale.

Sussiste l'istituto di creazione giurisprudenziale del provvedimento implicito quante volte l'amministrazione - pur non adottando formalmente un provvedimento - ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente (fattispecie relativa ad ordinanza di quantificazione degli oneri concessori, rispetto al rilascio della concessione edilizia).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 7.2.2011, n. 812

Sottotetto - rilevante altezza - qualificazione - volume tecnico - va esclusa.

Sottotetto - vani distinti e comunicanti col piano sottostante - qualificazione - volume tecnico - va esclusa.

Per giurisprudenza costante, possono conside-

rarsi volumi tecnici (come tali non rilevanti ai fini della volumetria di un immobile) quei volumi destinati esclusivamente agli impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione e che non possono essere ubicati al suo interno, mentre non sono tali – e sono quindi computabili ai fini della volumetria consentita - le soffitte, gli stenditori chiusi e quelli «di sgombero», nonché il piano di copertura, impropriamente definito sottotetto, quante volte sia dotato di rilevante altezza media rispetto al piano di gronda. Per quanto riguarda i sottotetti la giurisprudenza ritiene: a) che la parte di edificio immediatamente inferiore al tetto, a seconda dell'altezza, della praticabilità del solaio, delle modalità di accesso e dell'esistenza o meno di finestre, si distingue in mansarda o camera a tetto (che costituisce locale abitabile), in soffitta (vano inabitabile, ma utilizzabile soltanto come deposito, stenditoio o altro), oppure in camera d'aria sprovvista di solaio idoneo a sopportare il peso di persone o cose e destinato essenzialmente a preservare l'ultimo piano dell'edificio dal caldo, dal freddo e dall'umidità; b) che la realizzazione di un locale sottotetto con vani distinti e comunicanti con il piano sottostante mediante una scala interna è indice rivelatore dell'intento di rendere abitabile detto locale, non potendosi considerare volumi tecnici i vani in esso ricavati.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.2.2011, n. 802

Ristrutturazione edilizia - mediante demolizione e successiva ricostruzione - rispetto della sagome e volumetria - necessità - sussiste.

Principio di prevenzione - nozione - facoltà. Regolamenti comunali - distacco - obbligo - principio di prevenzione - operatività - va esclusa.

Non può definirsi mera ristrutturazione edilizia l'intervento che prevede la realizzazione di un intervento di demolizione e ricostruzione con sagoma e volumi diversi rispetto al fabbricato preesistente.

Infatti, ciò che contraddistingue la ristrutturazione dalla nuova edificazione è la già avvenuta trasformazione del territorio, attraverso un'edificazione di cui si conservi la struttura fisica (sia pure con la sovrapposizione di un «insieme sistematico di opere, che possono por-

tare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente»), ovvero la cui stessa struttura fisica venga del tutto sostituita, ma - in quest'ultimo caso - con ricostruzione, se non «fedele» (termine espunto dall'attuale disciplina), comunque rispettosa della volumetria e della sagoma della costruzione preesistente.

Il principio della prevenzione, disciplinato dagli artt. 873 ss. c.c., consente a chi edifica per primo sul fondo contiguo ad altro tre diverse facoltà: in primo luogo, quella di costruire sul confine; in secondo luogo, quella di costruire con distacco dal confine, osservando la distanza minima imposta dal codice civile ovvero quella maggiore distanza stabilita dai regolamenti edilizi locali; ed infine quella di costruire con distacco dal confine a distanza inferiore alla metà di quella prescritta per le costruzioni su fondi finitimi, facendo salvo in questa evenienza la facoltà per il vicino, il quale edifichi successivamente, di avanzare il proprio manufatto fino a quella preesistente, previa corresponsione della metà del valore del muro del vicino e del valore del suolo occupato per effetto dell'avanzamento della fabbrica.

Il principio della prevenzione, che ricorre quando il fondo è situato in un comune sprovvisto di strumenti urbanistici, non è applicabile quando l'obbligo di osservare un determinato distacco dal confine sia dettato da regolamenti comunali in tema di edilizia e di urbanistica, avuto riguardo al carattere indiscutibilmente cogente di tali fonti normative, da intendersi preordinate alla tutela, oltre che di privati diritti soggettivi, di interessi generali. Ne deriva che nel caso in cui i regolamenti edilizi stabiliscano espressamente la necessità di rispettare determinate distanze dal confine, non può ritenersi consentita la costruzione in aderenza o in appoggio a meno che tale facoltà non sia consentita come alternativa all'obbligo di rispettare le suddette distanze.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.1.2011, n. 683

PdC in deroga - l. reg. Emilia Romagna 31/02 - legittimità - condizioni - zonizzazione - rispetto - obbligo - sussiste.

L'art. 15 l. reg. Emilia Romagna n. 31/2002 espressamente ammette il rilascio di permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici per edifici ed impianti pubblici o di interesse

pubblico, previa deliberazione del consiglio comunale, nel rispetto delle norme igieniche, sanitarie e di sicurezza e dei limiti inderogabili stabiliti dalle disposizioni statali e regionali, con riferimento alle destinazioni d'uso ammissibili, la densità edilizia, l'altezza e la distanza tra i fabbricati e dai confini, stabilite dalle norme di attuazione del P.O.C. e del P.U.A. ovvero previste dal P.R.G. e dai relativi strumenti attuativi. Ne discende l'illegittimità del permesso di costruire per mutamenti di destinazioni d'uso incompatibili con quelle ammesse dal piano regolatore all'interno delle singole zone.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.1.2011, n. 678
Sottotetto - rilevante altezza - qualificazione - volume tecnico - va esclusa.

I volumi tecnici sono solo quelli destinati esclusivamente agli impianti necessari per l'utilizzo della abitazione e che non possono essere ubicati al suo interno; pertanto non sono tali - e sono computabili quindi ai fini della volumetria consentita - le soffitte, gli stenditoi chiusi e quelli di sgombero; e non è volume tecnico un piano di copertura, definito impropriamente sottotetto, se costituente in realtà una mansarda, in quanto dotato di rilevante altezza media rispetto al piano di gronda.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 5.1.2011, n. 2

Fascia di rispetto cimiteriale - operatività - deroghe - opere pubbliche - facoltà - sussiste - preesistenze - rilevanza - va esclusa.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'area di rispetto cimiteriale di 200 metri prevista dall'art. 338, r.d. 1265/1934 comporta un vincolo assoluto di inedificabilità che non consente in alcun modo l'allocazione sia di edifici che di opere incompatibili col vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale fascia di rispetto intende tutelare.

La deroga all'estensione del vincolo, nel rispetto della minor fascia pari a 50 metri, è consentita ai soli fini della realizzazione di «opere pubbliche e di interesse pubblico».

La natura assoluta del vincolo cimiteriale non si pone in contraddizione con la possibilità che nella medesima area insistano degli edifici preesistenti e/o che ad esse vengano assegnate de-

stinazioni compatibili con l'esistenza del vincolo, ma mira essenzialmente ad impedire l'ulteriore addensamento edilizio dell'area giudicata ex lege, incompatibile con le prioritarie esigenze pubblicistiche sottese alla imposizione del vincolo.

TAR Sicilia, Pa, Sez. I, 23.3.2011, n. 544

PdC - rilascio - legittimazione - verifica - titolo - obbligo - sussiste - accertamenti ulteriori - obbligo - non sussiste.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'art. 11, co. 1, d.P.R. n. 380/2001, laddove prevede che "il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo", implica che il comune, nel corso dell'istruttoria, deve verificare l'esistenza del titolo per intervenire sull'immobile, da intendersi quale diritto di proprietà o altro diritto reale o personale di godimento, pur dovendosi escludere un obbligo di effettuare complessi accertamenti diretti a ricostruire tutte le vicende riguardanti l'immobile.

TAR Puglia, Ba, Sez. II, 10.3.2011, n. 407

Oneri concessori - esenzione - centro sociale della spiritualità - legittimità - va affermata.

Per l'esenzione dal pagamento degli oneri concessori ai sensi dell'art. 9, lett. f, l. 10/1977, è richiesto che si tratti di opere destinate al soddisfacimento di interessi pubblici da cui la collettività possa trarre una utilità, realizzate da un ente istituzionalmente competente.

In tali casi il beneficio economico, non contribuendo alla formazione di un utile di impresa, si riverbera a vantaggio di tutta la collettività che fruisce dell'opera una volta compiuta (fattispecie relativa alla costruzione da parte di ente religioso di un "centro sociale della spiritualità").

TAR E. Romagna, Pa, Sez. I, 8.3.2011, n. 67

Fascia di rispetto cimiteriale - costituzione ex lege - va affermata - strumenti urbanistici - derogabilità - va esclusa.

Per giurisprudenza costante, le fasce di rispetto cimiteriale costituiscono un vincolo di inedificabilità riveniente direttamente dalla legge, che si impone ex se, con efficacia diretta ed immediata, indipendentemente da qualsiasi recep-

mento negli strumenti urbanistici ed eventualmente anche in contrasto con i medesimi, per non essere essi idonei ad incidere sull'esistenza o sui limiti operativi del vincolo.

TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 3.3.2011, n. 396

Oneri concessori - determinazione - motivazione analitica - obbligo - non sussiste.

Secondo costante giurisprudenza, i provvedimenti relativi alla determinazione degli oneri concessori non necessitano di motivazione in ordine alla somma indicata, in quanto risultano da un mero calcolo materiale da effettuarsi sulla base di puntuali indicazioni normative, senza che in proposito residui un margine di discrezionalità.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 3.3.2011, n. 375

Contributi di urbanizzazione - presupposto - individuazione - mutamento di destinazione d'uso - tra categorie autonome - obbligo - sussiste - assenza di opere - irrilevanza - va affermata.

Contributi di urbanizzazione - determinazione - potere - discrezionalità - non sussiste.

Il presupposto imponibile per il pagamento dei contributi di urbanizzazione va ravvisato nella domanda di una maggiore dotazione di servizi (rete viaria, fognature, ecc.) nell'area di riferimento, che sia indotta dalla modificazione della destinazione d'uso tra due categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, cosicché la circostanza che le modifiche di destinazione d'uso senza opere non sono soggette a preventiva concessione o autorizzazione sindacale non comporta ipso jure l'esenzione dagli oneri di urbanizzazione e quindi la gratuità dell'operazione.

Il versamento del contributo assume un carattere rigidamente vincolato al verificarsi delle condizioni normativamente previste, per cui l'accertata debenza dà sufficientemente conto di per sé delle conclusioni cui è pervenuta l'amministrazione e preclude al ricorrente di far valere ragioni fondate su asseriti ripensamenti o disparità di trattamento.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 11.2.2011, n. 896

PdC - aree verdi - pavimentazione - necessità - sussiste.

PdC - opere stagionali - necessità - sussiste.

La pavimentazione di aree verdi esige il permesso di costruire, perché comporta l'irreversibile trasformazione del territorio.

Per costante giurisprudenza, la precarietà di una costruzione non va desunta dalla possibile facile e rapida amovibilità dell'opera, ovvero dal tipo più o meno fisso del suo ancoraggio al suolo, ma dal fatto che la costruzione appaia destinata a soddisfare una necessità contingente ed essere poi prontamente rimossa, a nulla rilevando la circostanza che l'impiego dell'opera sia circoscritto ad una sola parte dell'anno, ben potendo la stessa essere destinata a soddisfare un bisogno non provvisorio ma regolarmente ripetibile.

TAR Puglia, Le, Sez. III, 10.2.2011, n. 296

Lotto intercluso - configurabilità - comprensorio - edificazione disomogenea - va esclusa.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale dominante la necessità della preventiva adozione di strumenti attuativi per il rilascio di permessi in zone già urbanizzate viene meno solo nei casi nei quali la situazione di fatto, caratterizzata da una pressoché completa edificazione della zona, sia incompatibile con un piano attuativo. L'utilità dello strumento non è invece esclusa nelle ipotesi in cui, per effetto di una edificazione disomogenea, ci si trovi di fronte ad una situazione che esige un piano attuativo idoneo a riordinare e riequilibrare il disegno urbanistico della zona. Più in particolare esiste "lotto intercluso" in presenza di opere di urbanizzazione primarie e secondarie, ove l'immobile si trova in una zona integralmente interessata da costruzioni e la zona di insediamento sia l'unica a non essere stata ancora edificata; la residua necessità di uno strumento attuativo sussiste invece quando debba essere completato il sistema della viabilità secondaria nella zona e quando debba essere integrata l'urbanizzazione esistente garantendo il rispetto dei prescritti standard minimi per spazi e servizi pubblici e le condizioni per l'armonico collegamento con le zone contigue già asservite all'edificazione.

TAR Veneto, Sez. II, 1.2.2011, n. 185

Distanze legali - muro di contenimento - rilevanza - condizioni - dislivello naturale - va esclusa - altezza superiore al piano di cam-

pagna - rilevanza - sussiste - dislivello artificiale - rilevanza - sussiste.

Distanze legali - art. 9 d.m. 1444/68 - imperatività - cogenza - va affermata.

Per giurisprudenza ormai consolidata, in tema di distanze legali, il muro di contenimento di una scarpata o di un terrapieno naturale non può considerarsi "costruzione" agli effetti della disciplina di cui all'art. 873 c.c. per la parte che adempie alla sua specifica funzione, e, quindi, dalle fondamenta al livello del fondo superiore, qualunque sia l'altezza della parete naturale o della scarpata o del terrapieno cui aderisce, impedendone lo smottamento. Viceversa, la parte del muro che si innalza oltre il piano del fondo sovrastante, in quanto priva della funzione di conservazione dello stato dei luoghi, è soggetta alla disciplina giuridica propria delle sue oggettive caratteristiche di costruzione in senso tecnico giuridico, ed alla medesima disciplina devono ritenersi soggetti, perché costruzioni nel senso sopra specificato, il terrapieno ed il relativo muro di contenimento elevati ad opera dell'uomo per creare un dislivello artificiale o per accentuare il naturale dislivello esistente.

L'art. 9, d.m. 2.4.1968, n. 1444, laddove prescrive in tutti i casi la distanza minima assoluta di metri dieci tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti - è norma imperativa ed immediatamente precettiva che si impone ai comuni nella formazione o revisione degli strumenti urbanistici, ma non è immediatamente operante anche nei rapporti tra privati.

TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 1.2.2011, n. 181

PdC - recettività - va affermata - mancata comunicazione - conseguenze - termine di decadenza - non decorre.

Il termine di inizio lavori decorre dalla data di consegna del permesso di costruire, essendo quest'ultimo un provvedimento amministrativo "recettivo" che si perfeziona con la comunicazione agli interessati, e considerato che il termine di inizio lavori è posto anche a tutela dell'interesse del privato per consentirgli di predisporre i mezzi necessari all'esecuzione dei lavori.

TAR Lazio, Sez. I ter, 31.1.2011, n. 831

Norme di salvaguardia ambientali - deca-

denza - configurabilità - va esclusa.

Poiché il procedimento di adozione del Parco suburbano dei Castelli Romani prevede, in applicazione dell'art. 20 l. reg. Lazio 46/1977 e l. reg. Lazio 2/1984 un regime inverso rispetto a quello attuale, spettando alla regione l'individuazione di un nucleo essenziale e frammentario di perimetrazione e all'ente di gestione la perimetrazione definitiva, sono applicabili alle nuove aree inserite nel perimetro definitivo, fino all'approvazione regionale del regolamento del parco, le norme di salvaguardia previste dall'art. 8 l. reg. Lazio 2/84, le quali ultime non sono soggette ad alcuna decadenza, in considerazione del preminente rilievo degli interessi ambientali sul piano costituzionale, che impedisce la assimilazione delle stesse alle ordinarie misure di salvaguardia urbanistiche.

TAR Lombardia, Br, Sez. I, 31.1.2011, n. 188

Contributo di costruzioni - mancata edificazione - restituzione - obbligo - sussiste.

Il contributo di costruzione, configurandosi quale corrispettivo del diritto di costruire, deve essere restituito in ipotesi di mancata realizzazione delle opere sia totale, sia parziale, tenuto conto che sia la quota degli oneri di urbanizzazione che la quota relativa al costo di costruzione sono correlati, sia pure sotto profili differenti, all'oggetto della costruzione. L'avvalimento solo parziale delle facoltà edificatorie consentite da un permesso di costruire comporta dunque il sorgere, in capo al titolare, del diritto alla rideterminazione del contributo ed alla restituzione della quota di esso che è stata calcolata con riferimento alla porzione non realizzata.

TAR Lombardia, Mi, Sez. II, 26.1.2011, n. 228

Lotto intercluso - configurabilità - comprensorio - edificazione disomogenea - va esclusa.

Si configura il cd. lotto intercluso, per il quale non occorre il piano attuativo, laddove la zona sia già compiutamente urbanizzata, e cioè laddove siano presenti tutte le opere di urbanizzazione primaria e secondaria in tutto il comprensorio che deve essere pianificato dagli strumenti attuativi. Viceversa il piano attuativo conserva integra la propria utilità funzionale, sia in casi di edificazione disomogenea in zone

già compromesse da fenomeni di urbanizzazione spontanea e incontrollata che richiedano un riordino generale, sia, a maggior ragione, in zona ancora "vergine", che richieda un disegno urbanistico efficiente e razionale.

TAR Piemonte, Sez. I, 14.1.2011, n. 31

PdC - parcheggi in deroga - in locale seminterrato - illegittimità - va affermata.

PdC - parcheggi in deroga - piano di campagna - innalzamento artificiale - illegittimità.

La l. n. 122/89 consente la realizzazione di parcheggi in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti, ivi comprese le distanze dai confini, anche ove siano realizzati nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne agli immobili di riferimento, purché interrati.

Viola pertanto la normativa urbanistica il permesso di costruire rilasciato per la realizzazio-

ne di autorimesse in locale seminterrato.

La norma di PRG che consenta la sistemazione della superficie naturale del terreno ai fini della costruzione di parcheggi interrati in deroga ai sensi della l. n. 122/89, giacché la stessa deve essere interpretata nel senso di trovare applicazione unicamente nei limiti in cui la "sistemazione" sia funzionale a rendere continuo il piano naturale di campagna, raccordandolo armonicamente con le aree circostanti, si dà rendere agevole l'edificazione in superficie; non potendo viceversa la stessa intendersi finalizzata all'innalzamento del piano di campagna allo scopo di consentire di costruire nel sottosuolo in deroga alle distanze legali, per di più rendendo necessaria l'edificazione di un muro di sostegno proprio per sostenere il "terrapieno", che così si viene a creare rispetto alla naturale continuità del piano di campagna.

«.....GA.....»

- ABUSI EDILIZI -

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.2.2011, n. 840

Demolizione - CAP - obbligo - non sussiste. demolizione - accertamenti tecnici - obbligo - sussiste.

È legittima l'ordinanza di demolizione adottata in assenza della previa comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, trattandosi di procedimenti tipizzati, in quanto compiutamente disciplinati dalla legge speciale e da questa strettamente vincolati, i quali presuppongono meri accertamenti tecnici sulla consistenza e sul carattere abusivo delle opere realizzate, sicché non richiedono l'apporto partecipativo del destinatario.

È illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento repressivo che non consenta di avere contezza dell'indispensabile accertamento tecnico della consistenza e dell'abusività di tutte le opere di cui viene disposta la demolizione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.2.2011, n. 805

Parziale difformità - conseguenze - sanzione pecuniaria - efficacia sanante - configurabilità - va esclusa.

Per le opere realizzate in parziale difformità dal permesso di costruire l'art. 12 l. 47/85 (oggi art. 34 d.P.R. 380/2001) comporta l'adozione di un ordine di demolizione delle opere abusive e, a seguito della mancata ottemperanza del privato, la valutazione sulla impossibilità di procedere senza pregiudizio per la parte eseguita in conformità, con conseguente applicazione di una sanzione pecuniaria; ma non consente il rilascio di una concessione edilizia in sanatoria.

TAR Lazio, Sez. II bis, 7.3.2011, n. 2064

Fascia di rispetto di stradale - violazione - sanatoria - diniego - legittimità - possibilità di pericolo - rilevanza - va affermata.

Abusi - risalenza nel tempo - conseguenze - imposizione di vincoli - affidamento - esclusione.

Fascia di rispetto stradale - osservanza - esclusione - centro abitato - casuale disseminazione di manufatti abusivi - possibilità - non sussiste.

È legittimo il diniego di concessione edilizia in sanatoria basato, ai sensi dell'art. 32 l. n. 47/85 sull'esistenza di un vincolo assoluto di inedificabilità per mancato rispetto delle distanze dal nastro stradale prescritte dal d.m. 1404/1968, poiché spetta all'amministrazione di considerare non il solo "pericolo attuale" ma anche la futura possibilità di pericolo (ad esempio sotto forma di indebite limitazioni delle aree utilizzabili per ampliamenti volti alla sicurezza).

La preesistenza nel tempo di un abuso edilizio non può, da sola, assicurare alcun affidamento tutelato rispetto all'imposizione, anche successiva, di vincoli generali di natura paesistica, ambientale o di tutela della pubblica incolumità. Il principio di buona fede va infatti letto alla luce dell'art. 41 cost., secondo cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (fattispecie relativa ad una struttura commerciale di una antica e ben nota azienda automobilistica sportiva europea, con riferimento al mancato rispetto della distanza di 40 mt dal G.R.A.).

Il d.m. 1404/1968, volto a stabilire le "distanze minime a protezione del nastro stradale da osservarsi nella edificazione fuori del perimetro dei centri abitati" si applica anche in presenza del numero minimo di edifici previsto dalla legge ai fini della qualificazione come "centro abitato", qualora si tratti di una casuale disseminazione di manufatti abusivi privi di tessuto connettivo di contiguità.

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 23.2.2011, n. 1048

Certificato di agibilità - funzione - compatibilità edilizia - attestazione - va esclusa.

Ampliamenti - qualificazione - pertinenzialità - va esclusa.

Demolizione - ordinanza - CAP - obbligo - insussistenza.

Il certificato di agibilità è unicamente funzionale ad accertare che l'immobile al quale si riferisce è stato realizzato nel rispetto delle norme

tecniche vigenti in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti, mentre non è sufficiente ad attestare la conformità edilizia ed urbanistica delle opere contestate.

L'ampliamento di un manufatto non costituisce una pertinenza, ma rappresenta un'espansione dello stesso bene "principale" che è assoggettato al regime proprio delle costruzioni e non delle pertinenze.

Per costante giurisprudenza, in caso di ordine di demolizione delle opere abusive non è necessaria la comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. n. 241/90, trattandosi di atto dovuto, sicché non sono richiesti apporti partecipativi del soggetto destinatario.

TAR Sardegna, Sez. II, 17.2.2011, n. 145

Demolizione - controdeduzioni - confutazione - obbligo - sussiste.

PdC - ritiro - procedimento - interesse pubblico specifico - motivazione - obbligo - sussiste.

È illegittimo per carenza di motivazione e di istruttoria, il provvedimento repressivo di abusi edilizi, ove, a fronte della comunicazione dell'ordinanza di sospensione dei lavori, il privato abbia inviato all'amministrazione una nota di controdeduzioni, adombrando la possibilità che le incongruenze catastali rilevate fossero in realtà da ricondurre ad inesattezze degli stessi dati presenti in Catasto, relativamente alla superficie complessiva del lotto e al posizionamento della linea di confine tra i mappali e ponendo a sostegno di tale assunto la piena coerenza tra la raffigurazione dello stato dei luoghi contenuta negli elaborati progettuali e quella allegata al vigente piano di risanamento urbanistico.

*È illegittimo l'atto di ritiro della concessione edilizia che non segua il principio del *contrarius actus* (nella fattispecie difettava il parere della commissione edilizia, la quale si era, invece, favorevolmente espressa sull'originario rilascio del titolo edilizio).*

È illegittimo l'atto di annullamento del titolo edilizio che non motivi sull'interesse pubblico specifico ulteriore al ripristino della legalità violata, specie quando involga affidamenti formati da lungo tempo e coinvolgenti persino terzi di buona fede.

TAR Campania, Na, Sez. II, 14.2.2011, n. 932
Misure sanzionatorie - destinatario - mero proprietario - inconfigurabilità.

PdC - annullamento - misura ripristinatoria - vincolatività - non sussiste - CAP - obbligo - sussiste.

La giurisprudenza amministrativa individua il destinatario delle misure repressive di abusi edilizi nel responsabile dell'abuso e non anche nel proprietario dell'immobile.

L'art. 38 d.P.R. 380/2001 è norma di favore che assiste l'affidamento qualificato del privato che ha realizzato la costruzione in base a titolo abilitativo poi venuto meno, essendo l'applicazione delle sanzioni (demolitorie e pecuniarie) previste da detta norma consentita qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative.

Ne deriva che non può nel caso di specie ritenersi l'ordine di demolizione quale atto vincolato, con conseguente necessità della comunicazione di avvio del procedimento.

TAR Campania, Na, Sez. III, 2.2.2011, n. 641

Corresponsabilità - condizioni - parentela o affinità - rilevanza - va affermata.

In materia edilizia, ai fini della configurabilità della responsabilità ai sensi dell'art. 29 d.P.R. n. 380/01, può tenersi conto non soltanto della piena disponibilità, giuridica e di fatto, del suolo e dell'interesse specifico ad effettuare la nuova costruzione (in applicazione del principio del "cui prodest"), ma altresì dei rapporti di parentela o di affinità tra esecutore dell'opera abusiva e proprietario, dell'eventuale presenza in loco di quest'ultimo, dello svolgimento di attività di materiale vigilanza dell'esecuzione dei lavori, della richiesta di provvedimenti abilitativi successivi, del regime patrimoniale dei coniugi, e complessivamente di tutte quelle situazioni e comportamenti, sia positivi che negativi, da cui possano trarsi elementi integrativi della colpa e prove di una compartecipazione, anche solo morale, all'esecuzione delle opere da parte del proprietario.

TAR Lazio, I quater, 24.1.2011, n. 693

Demolizione - sospensione - termine dilatorio - necessità - non sussiste.

Mancata demolizione - acquisizione gratuita

- automaticità - va esclusa.

Demolizione - ottemperanza - sequestro penale - pendenza - non rileva.

Sanatoria - istanza - conseguenze - demolizione - inefficacia sopravvenuta - va esclusa.

È legittima l'ordinanza comunale di ingiunzione della sospensione dei lavori e contestuale demolizione degli stessi, dacché i quarantacinque giorni indicati dall'art. 27 d.P.R. 380/2001 costituiscono il termine finale entro il quale va adottato anche il provvedimento demolitorio, ben potendo il comune non lasciarlo spirare completamente, imponendo l'ordine di demolizione in un momento immediatamente successivo alla sospensione dei lavori o anche contestualmente.

L'acquisizione gratuita del bene abusivo e della relativa area di sedime al patrimonio comunale ex art. 31 d.P.R. 380/01 non costituisce effetto automatico della mancata demolizione, essendo a tal uopo necessario il previo accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire. L'esistenza del sequestro penale non influisce sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione, potendo il destinatario richiedere al giudice penale il dissequestro al fine di ottemperare alla prescrizione demolitoria.

A seguito della presentazione della domanda di sanatoria ex art. 13 l. 28.2.1985 n. 47, non perde efficacia l'ingiunzione di demolizione precedentemente emanata, poiché a tal fine occorrerebbe una specifica previsione normativa, come quella contenuta nei successivi artt. 38 e 44 con riferimento alle domande di condono edilizio.

TAR Lazio, Sez. I quater, 21.1.2011, n. 613

PdC - manufatto in legno - necessità - sussiste.

Ai fini della qualificazione di un intervento quale "nuova costruzione" sono indifferenti il tipo di materiale impiegato per la sua costruzione e la circostanza che esso sarebbe agevolmente amovibile, essendo unicamente rilevante che l'opera sia diretta "a soddisfare esigenze meramente temporanee", il che si rinviene soltanto quando l'utilizzo è circoscritto nel tempo.

Ne discende la legittimità dell'ordinanza di demolizione di manufatto in legno avente la superficie di 9 mq e l'altezza di 2,5 m, realizzato in assenza del permesso di costruire.

TAR Campania, Na, Sez. VIII, 14.1.2011, n. 196

Condono - istanza - legittimazione - responsabili dell'abuso - sussiste.

Condono - doppia conformità - oggettiva - necessità - sussiste - soggettiva - necessità - non sussiste.

Costituisce titolo legittimante alla richiesta della sanatoria edilizia non solo la proprietà degli immobili oggetto dei lavori, posto che potenziale responsabile dell'abuso può essere non solo il proprietario o altro soggetto che vanta, sull'area, un diritto reale o obbligatorio, ma anche, ad esempio, il titolare o altro responsabile dell'impresa realizzatrice dei lavori, come altri soggetti che, in relazione al loro rapporto privilegiato con il bene, abbiano avuto la possibilità di realizzare l'abuso, così assumendosene la responsabilità.

Ai fini del rilascio della concessione edilizia in sanatoria la cd "doppia conformità" è solo oggettiva (afferente cioè al regime della pianificazione delle aree interessate) e non soggettiva (relativa alle condizioni legittimanti il richiedente): tanto è coerente con la diversa ottica dei due procedimenti, il primo - teso al rilascio del titolo legittimante a costruire - presuppone necessariamente la verifica della posizione giuridica che consente la legittima esplicazione dello jus aedificandi e come tale sottende una peculiare relazione in termini di realtà con il suolo interessato alla costruzione; la sanatoria, presupponendo invece un abuso, ben può riferirsi - come è paradigmatico dell'illecito - anche ad un collegamento non soggettivamente qualificato.

TAR Umbria, 14.1.2001, n. 9

Art. 18 l. reg. Umbria 21704 - incostituzionalità - va esclusa.

Doppia conformità - jus superveniens - peggiorativo - necessità - va affermata - jus superveniens - migliorativo - necessità - non sussiste.

È manifestamente infondata la q.d.l.c. dell'art. 18, l. reg. Umbria n. 21/04, il quale ammette la sanatoria degli interventi realizzati alla data di entrata in vigore della predetta legge, non conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, ma

che risultino conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia ed agli strumenti urbanistici vigenti e non in contrasto con gli strumenti urbanistici adottati al momento dell'entrata in vigore della stessa legge regionale.

La stessa invero recepisce in ambito regionale e con operatività temporalmente limitata e giustificata dalla sopravvenienza di nuovi parametri normativi di valutazione della compatibilità urbanistico-edilizia, un più ampio principio di sanabilità degli abusi, di creazione giurisprudenziale, spesso definito c.d. sanatoria giurisprudenziale.

Il principio normativo della "doppia conformità" è riferibile all'ipotesi ragionevolmente avuta di mira dal legislatore di garantire il richiedente dalla possibile variazione in senso peg-

giorativo della disciplina edilizia, a seguito di adozione di strumenti che riducano o escludano, appunto, lo jus aedificandi quale sussistente al momento dell'istanza.

Essa non può ritenersi diretta a disciplinare l'ipotesi inversa dello jus superveniens edilizio favorevole, rispetto al momento ultimativo della proposizione dell'istanza, poiché impone per un unico intervento costruttivo, comunque attualmente "conforme", una duplice attività edilizia, demolitoria e poi identicamente riedificatoria, lede parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato, imponendo un doppio carico di iniziative industriali-edilizie, con la conseguenza, contrastante con il principio di proporzionalità, di un significativo aumento dell'impatto territoriale ed ambientale.

«.....GA:.....»

- PAESAGGIO -

Consiglio di Stato, Sez. VI, 9.3.2011, n. 1483

Nulla-osta - annullamento ministeriale - recettività - va esclusa.

Il termine di sessanta giorni stabilito dall'art. 82, co. 2, d.P.R. n. 616/1977, attiene al solo esercizio del potere di annullamento dell'autorizzazione rilasciata dal comune e non anche alla successiva fase della comunicazione o notificazione, non potendo questo essere considerato di natura recettizia.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.3.2011, n. 1366

Vincolo archeologico - tutela paesaggistica - incompatibilità - non sussiste - coesistenza - possibilità - sussiste.

Tutela paesaggistica - compromissione del bene - irrilevanza.

L'interesse archeologico può essere titolo di due tipi di tutela, eventualmente concorrenti, e dunque oggetto di due distinti titoli di accertamento: quello relativo al patrimonio storico artistico e quello paesistico. Infatti il piano paesaggistico può, ai sensi dell'art. 134, lett. c, d. lgs. 42/04, qualificare come beni paesaggistici aree - ulteriori rispetto a quelle dichiarate tali in via amministrativa o ex lege - il cui valore specifico da tutelare è dato da caratteri simili, o di analogo fondamento, rispetto a quelli considerati per i vincoli provvedimentali, anche considerando l'interrelazione tra l'ambiente naturale e l'inserzione stratificata dell'apporto della storia umana; e tale qualificazione, in quanto afferente alla dimensione paesaggistica del patrimonio culturale, presuppone una valutazione specifica, diversa da quella alla base di un vincolo di bene culturale, qual è un vincolo archeologico.

Per consolidata giurisprudenza la situazione materiale di compromissione della bellezza naturale che sia intervenuta ad opera di preesistenti realizzazioni, anziché impedire, maggiormente richiede che nuove costruzioni non deturpino ulteriormente l'ambito protetto.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.2.2011, n. 771

N.o. - difetto di motivazione - annullamento ministeriale - legittimità.

N.o. - annullamento ministeriale - recettività - va esclusa.

È legittimo il provvedimento ministeriale di annullamento di n.o. paesaggistico rilasciato dall'autorità comunale, ove quest'ultimo non espliciti in alcun modo i criteri per i quali si è positivamente valutata la compatibilità della permanenza delle opere abusive con l'esigenza di tutela del contesto ambientale vincolato (nel merito l'autorità comunale si limitava ad osservare che "l'intervento non appare tale da risultare pregiudizievole per l'ambiente circostante").

Secondo la costante giurisprudenza del giudice amministrativo il termine di sessanta giorni per la notifica dell'annullamento ministeriale del n.o. paesaggistico si riferisce all'adozione dell'atto e non anche alla comunicazione al destinatario, trattandosi di atto non recettizio; e decorre dalla ricezione del provvedimento autorizzatorio munito della integrale documentazione di corredo.

TAR Toscana, Sez. III, 11.2.2011, n. 271

Condono - autorizzazione paesaggistica - diniego - motivazione - caratteristiche costruttive - legittimità - prescrizioni - obbligo - non sussiste.

È legittimo il diniego di condono edilizio di abuso realizzato in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, ove lo stesso sia basato su caratteristiche della costruzione che ne impediscono il corretto inserimento nella zona; e cioè sulla qualità dei materiali utilizzati, la conformazione del manufatto e le sue caratteristiche esteriori, quali fattori di obiettivo pregiudizio per i valori estetici protetti. In sede di diniego di autorizzazione paesaggistica l'amministrazione non è tenuta a dettare o suggerire prescrizioni idonee a rendere l'intervento coerente con i valori paesaggistici, con la conseguenza che la mancata valutazione circa la possibilità di opere di adeguamento o modifica della costruzione abusiva non inficia la validità del diniego.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 11.2.2011, n. 904

N.o. - annullamento statale - motivi ostativi - comunicazione - obbligo - non sussiste.

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale l'art. 10 bis l. 241/90 non è applicabile al procedimento statale di verifica della legittimità dell'autorizzazione paesaggistica, sia perché tale procedimento non è attivato su istanza di parte, bensì su richiesta dell'amministrazione comunale che ha rilasciato tale autorizzazione; sia perché la comunicazione di cui all'art. 10 bis ha ad oggetto "i motivi che ostano all'accoglimento della domanda", mentre la funzione esercitata dalla Soprintendenza nell'esercizio del potere di annullamento di un'autorizzazione paesaggistica non è quella di verificare la sussistenza dei presupposti legittimanti il rilascio del provvedimento, bensì quella di scrutinare la legittimità dell'auto-

rizzazione rilasciata dall'amministrazione comunale.

TAR Liguria, Sez. I, 22.1.2011, n. 150

Abusi - in zona vincolata - minimo incremento di cubatura e superficie - totale difformità - contestazione - legittimità.

Costituiscono interventi in totale difformità dal permesso di costruire i modesti aumenti di cubatura e di superficie rispetto agli immobili ricadenti nei parchi o in aree protette nazionali e regionali, giusto il disposto dell'art. 32, ult. co., d.P.R. 380/01 (è stata così ritenuta legittima l'ordinanza di demolizione di fabbricato caratterizzato da "un aumento volumetrico di circa mc. 6 ed un aumento di superficie coperta pari a mq. 4,20 rispetto al concessionato e quindi al preesistente").

«.....GA:.....»

- ESPROPRIAZIONI -

dell'Avv. Michela Urbani

Corte di Cassazione Civ., Sez. Un., 2.2.2011, n. 2419

Indennità - determinazione - criteri ordinari - derogabilità - sussiste.

Occupazione - indennità - liquidazione - condizioni - esiti della vicenda ablatoria - ir-rilevanza.

Deve ritenersi in vigore e conforme alla Costituzione e alla CEDU il criterio di liquidazione dell'indennità di espropriazione di cui all'art. 13 l. 219/1981, pari, sia per i terreni agricoli che per quelli edificabili, alla semisomma del valore venale e del coacervo decennale delle rendite catastali, trattandosi di norma avente natura speciale, temporanea ed eccezionale.

L'indennità di occupazione va commisurata agli interessi legali sull'indennità virtuale solo in virtù della ricorrenza di una causa di pubblica utilità, e, dunque, indipendentemente dagli esiti della vicenda ablatoria.

Corte di Cassazione Civ., Sez. I, 4.2.2011, n. 2740

Indennità - fascia di rispetto di cimiteriale - computabilità - esclusione.

Indennità - edificabilità legale - rilevanza - sussiste.

Ai fini della determinazione della indennità di espropriazione non può considerarsi edificabile un suolo rientrante nella zona di rispetto cimiteriale ed assoggettato al relativo vincolo, giacché lo stesso integra una limitazione legale della proprietà a carattere assoluto, direttamente incidente sul valore del bene e non suscettibile di deroghe di fatto neppure da parte dello strumento urbanistico.

Un'area va ritenuta edificabile quando, e per il solo fatto che, come tale, essa risulti classificata al momento della vicenda ablativa dagli strumenti urbanistici, secondo un criterio di prevalenza o autosufficienza della edificabilità legale, perciò escludendosi le possibilità legali di edificazione tutte le volte in cui la zona sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicistico, e salvo che detti o-

biettivi di interesse generale siano ritenuti realizzabili (e come tali specificatamente compresi nelle previsioni pianificatorie) anche attraverso l'iniziativa economica privata, pur se accompagnati da strumenti di convenzionamento.

Corte di Cassazione Civ., Sez. I, 28.1.2011 n. 2109

Indennità - aree agricole e edificabili - distinzione - regione - derogabilità - potere - non sussiste.

Indennità - edificabilità dell'area - determinazione - momento determinante - decreto di esproprio - adozione.

La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis l. 359/92 non si è estesa alla bipartizione tra aree agricole ed aree edificabile, la quale, in quanto norma di riforma economico-sociale si pone in parte qua come limite alla potestà legislativa regionale.

Le possibilità legali di edificazione di un'area espropriata vanno valutate con riferimento al momento del verificarsi della vicenda ablatoria.

Corte di Cassazione Civ., Sez. I, 20.1.2011, n. 1362

Interventi statali per l'edilizia a Napoli - proroga dei termini - irreversibile trasformazione del fondo - irrilevanza - va affermata.

Irreversibile trasformazione del fondo - responsabilità - delega - rilevanza - previsione legislativa - necessità - sussiste.

In tema di attuazione dei procedimenti espropriativi per la realizzazione degli interventi di cui alla l. 219/81, tit. VIII (Interventi statale per l'edilizia a Napoli), l'art. 9, d. lgs. 354/1999, che proroga i termini relativi alle occupazioni d'urgenza, se prescinde dalla legittimità o illegittimità dell'occupazione al tempo della sua entrata in vigore, riguarda comunque solo i procedimenti espropriativi che siano in corso alla stessa data; ne deriva che la norma può valere a restituire legittimità ad occupazioni

divenute inefficaci o illegittime solo se l'obiettivo di recupero della procedura espropriativa - costituente la "ratio" dichiarata della norma - sia conseguibile per non essersi già perfezionato il fatto (illecito) acquisitivo per effetto del concorrere dell'illegittimità dell'occupazione e dell'irreversibile trasformazione del fondo.

In tema di espropriazione per pubblica utilità, il mero ricorso allo strumento della concessione traslativa, con l'attribuzione al concessionario affidatario dell'opera della titolarità di poteri espropriativi, non può comportare indiscriminatamente l'esclusione di ogni responsabilità al riguardo del concedente, essendo necessario a tal fine che, in osservanza al principio di legalità dell'azione amministrativa, l'attribuzione all'affidatario di detti poteri e l'accollo da parte sua degli obblighi indennitari e risarcitori siano previsti da una legge che espressamente li autorizzi.

Corte di Cassazione Civ., Sez. I, 13.1.2011, n. 713

Irreversibile trasformazione del fondo - configurabilità - mutamento perpetuo ed irreversibile - necessità - non sussiste.

Secondo la giurisprudenza di legittimità la radicale trasformazione del fondo con irreversibile destinazione ad opera pubblica non comporta necessariamente un mutamento perpetuo ed ineliminabile ovvero una profonda modifica materiale del fondo, essendo sufficiente la sola sua diversa collocazione nella realtà giuridica attraverso la sostituzione del fine pubblico a quello privato.

Corte di Cassazione Civ., Sez. I, 13.1.2011, n. 712

Indennità - determinazione - edificabilità di fatto - criteri - prezzi di mercato - rilevanza - condizione giuridica - rilevanza.

Il criterio della edificabilità di fatto si avvale principalmente del "metodo sintetico-comparativo", fondato sul riferimento ai prezzi di mercato di immobili omogenei per elementi materiali (natura, posizione, consistenza morfologica e simili) e condizione giuridica (insufficiente dimensione dell'area; esaurimento degli indici di fabbricabilità, distanza da opere pubbliche).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.2.2011, n. 1170

Dichiarazione di p.u. - particelle catastali - inesatta individuazione - irrilevanza - legittimità - sussiste.

Secondo la costante giurisprudenza del giudice di legittimità, l'inesatta individuazione del frazionamento delle particelle catastali interessate dall'espropriazione non inficia la legittimità della procedura espropriativa stessa, specie quando sia facilmente rilevabile la corrispondenza dei dati a seguito del frazionamento. Del resto, l'inesatta indicazione degli estremi di immobili oggetto di espropriazione, quando non generi incertezze, al più dà luogo ad errori materiali che possono essere rettificati in ogni momento.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.2.2011, n. 804

Procedimento espropriativo - dies a quo - decreto di esproprio.

Irreversibile trasformazione del fondo - conseguenze - illecito permanente - prescrizione - non decorre.

Dichiarazione di p.u. - PIP - termini - mancata individuazione - irrilevanza - legittimità - sussiste.

Il procedimento espropriativo si conclude al momento dell'acquisizione in capo al soggetto pubblico dell'utilità prima appartenente al privato, e, quindi, con l'adozione del decreto di esproprio, momento nel quale il regime giuridico del bene ablato cessa di essere regolato dal diritto amministrativo per finire invece nell'ambito del diritto comune e quindi nel regime ordinario della proprietà. Ne deriva che, completata la fase procedimentale autoritativa, a nulla rileva l'ulteriore destinazione impressa al bene, atteso che questo è, nelle more, transitato nella disponibilità, secondo le regole del codice civile, del soggetto avvantaggiato dall'espropriazione.

Secondo la costante giurisprudenza, l'occupazione di un'area di un privato in assenza di un valido decreto di esproprio, non determina l'acquisto a titolo originario della proprietà da parte della pubblica amministrazione, ancorché la stessa abbia utilizzato l'area per la realizzazione di un'opera pubblica, configurandosi viceversa un illecito permanente, il quale ultimo impedisce il decorso del termine di prescrizione.

Nella procedura eccezionale di cui all'art. 53,

l. n. 218/1978, alla mancata indicazione dei termini di inizio e compimento dei lavori e delle espropriazioni supplisce la circostanza che questi sono evincibili nell'atto di approvazione del piano per gli insediamenti produttivi, che ha l'effetto di dichiarazione di pubblica utilità e di indifferibilità ed urgenza delle opere in esso prevista e ne fissa la durata in dieci anni (termine entro cui le previsioni del piano stesso devono essere attuate).

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.1.2011, n. 676
Dichiarazione di p.u. - proroga - delibera - adozione - successiva alla scadenza - illegittimità.

Indennità - accordi - ultrattività - esclusione. Occupazione illegittima - danni - responsabilità - delegante - presunzione di colpa - sussiste.

Irreversibile trasformazione del fondo - risarcimento per equivalente - facoltà del privato - sussiste - accordo transattivo - necessità - sussiste.

Il provvedimento di proroga del termine fissato nella dichiarazione di pubblica utilità può validamente essere adottato solo prima della scadenza del termine medesimo, con la conseguente (mera) illegittimità della delibera tardiva.

L'accordo tra amministrazione e proprietario in ordine alla determinazione provvisoria dell'indennità di espropriazione ai sensi dell'art. 20 d.P.R. 327/01 è destinato a perdere efficacia, qualora il procedimento espropriativo non si concluda con il negozio di cessione o con il decreto di esproprio.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, laddove la PA abbia non solo affidato ad altro soggetto la realizzazione dell'opera pubblica, ma anche delegato lo stesso per lo svolgimento delle procedure espropriative, in caso di danni cagionati all'espropriato per occupazione illegittima, si configura la responsabilità solidale tra delegante e delegato quante volte vi siano elementi idonei a evidenziare un concorso di colpa fra di essi (anche solo per omesso controllo del primo sul secondo), ferma la rilevanza di concreti e specifici elementi che escludano la responsabilità dell'uno o dell'altro dei predetti soggetti.

In ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo in assenza di un valido procedimento a-

blatorio ben può il danneggiato limitare la propria richiesta al risarcimento per equivalente, con rinuncia alla restitutio in integrum, a nulla rilevando la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 d.P.R. 327/01. In tal caso spetta alla p.a. addivenire ad un accordo transattivo che determini il definitivo trasferimento della proprietà dell'immobile, previo risarcimento dei danni derivanti dalla sottrazione del fondo (da determinarsi con riferimento al valore venale dell'immobile alla data di adozione del citato atto transattivo) e dalla illegittima occupazione.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.1.2011, n. 632
Indennità - accordi - elementi accidentali - nullità.

*Deve ritenersi *tamquam non esset* la condizione apposta dal privato alla dichiarazione di accettazione dell'indennità di espropriazione ai sensi dell'art. 21, co. 12, d.P.R. 327/2001, avendo il legislatore dettato in tale disposizione una disciplina che scandisce in modo rigoroso le tappe del processo formativo del consenso inter partes, al fine di conferire celerità e chiarezza ad una fase negoziale che si inserisce all'interno di una procedura preordinata alla realizzazione di un interesse pubblico. Ne discende che all'esito del meccanismo ex art. 21 l'espropriando ha due sole alternative: o accetta in maniera espressa l'indennità ovvero, qualora non la condivide, deve agire in sede contenziosa dinanzi al giudice ordinario.*

TAR Puglia, Ba, Sez. III, 3.3.2011, n. 383
Vincoli - zonizzazione - opere realizzabili ad iniziativa promiscua - natura conformativa - va affermata.

I vincoli di tipo espropriativo derivano dalla localizzazione del territorio comunale di opere, strade e servizi, per i quali sono espressamente indicate le aree sulle quali essi dovranno sorgere, con preclusione di ogni attività edificatoria privata. Costituiscono viceversa vincoli meramente conformativi quelli che derivano dalla zonizzazione del territorio contenuta negli strumenti urbanistici che, nel dividere in zone il territorio dell'ente locale, definiscono in via generale ed astratta limiti e caratteri dell'edificabilità dei vari terreni, limitando la fruibilità di esse nell'interesse pubblico. Ne di-

scende che i vincoli che importano una destinazione, anche specifica, realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente interventi ad iniziativa esclusiva pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene sono di tipo meramente conformativo (fattispecie relativa alla destinazione della zona a parcheggi privati ad uso pubblico).

TAR Sicilia, Pa, Sez. II, 1.2.2011, n. 175

Irreversibile trasformazione del fondo - conseguenze - illecito permanente prescrizione - non decorre - usucapione - configurabilità - sussiste.

Irreversibile trasformazione del fondo - risarcimento per equivalente - facoltà del privato - sussiste.

In ipotesi di irreversibile trasformazione del fondo in assenza di un valido titolo abilitativo il comportamento dell'ente pubblico va qualificato quale illecito permanente nella cui vigenza non decorre la prescrizione, salvo l'acquisto della proprietà per usucapione ventennale del bene, eventualmente maturata dall'ente pubblico. Malgrado l'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 (C. Cost., 8.10.2010, n. 293), spetta al danneggiato la scelta tra risarcimento per equivalente o reintegrazione in forma specifica. La specialità della normativa si innestava, invero, nel quadro sistematico della tutela risarcitoria, dettando alcune significative deroghe, le quali, tuttavia, non hanno intaccano la persistente coerenza del principio di alternatività tra la tutela risarcitoria e la reintegrazione in forma specifica, essendo incontestabile che la principale finalità di quella norma era di eliminare la cosiddetta "anomalia" dell'occupazione appropriativa, di origine giurisprudenziale (ma poi recepita dal legislatore), siccome censurata dalla C.E.D.U.. Ne discende che nell'attuale contesto normativo il danneggiato può adire il giudice competente optando direttamente per una tutela risarcitoria per equivalente, con ciò implicitamente ponendo in essere un meccanismo abdicatorio della potestas connessa, da cristallizzare nel negozio tra-

slativo della proprietà.

TAR Lazio, Sez. II, 31.1.2011, n. 861

Vincoli - zonizzazione - opere realizzabili ad iniziativa promiscua - natura conformativa - va affermata - indennizzabilità - durata predefinita - vanno escluse.

Vincoli espropriativi - imposizione - PEEP - adozione - automaticità - va esclusa.

Secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, sono indennizzabili soltanto i vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione o di carattere sostanzialmente espropriativo, in quanto implicanti uno svuotamento incisivo della proprietà; mentre non lo sono i vincoli di destinazione imposti dal piano regolatore per attrezzature e servizi realizzabili anche ad iniziativa privata o promiscua, in regime di economia di mercato, anche se accompagnati da strumenti di convenzionamento (ad. es. parcheggi, impianti sportivi, mercati e strutture commerciali, edifici sanitari, zone artigianali, industriali o residenziali, destinazioni a parco urbano, a verde urbano, a verde pubblico, verde pubblico attrezzato, parco giochi). Ne discende l'inapplicabilità in quest'ultimo caso delle garanzie costituzionali dell'indennizzo e della durata predefinita.

Nel settore degli interventi di edilizia economica e popolare, l'art. 4 l. 167/1962 consente di distinguere efficacemente tra mera azione programmatica di zonizzazione e attività pianificatoria volta all'adozione di provvedimenti ablatori su beni specifici. Tale norma infatti prevede che il c.d. "Piano delle zone da destinare alla costruzione di alloggi a carattere economico o popolare, nonché alle opere e servizi complementari, urbani e sociali, ivi comprese le aree a verde pubblico", debba contenere una serie di elementi progettuali e di indicazioni specifiche da cui si desumano con precisione la tipologia e l'ubicazione dell'insediamento abitativo e delle pertinenze, nonché delle altre opere pubbliche e di interesse pubblico che l'Amministrazione intende realizzare.

TAR Campania, Sa, Sez. II, 26.1.2011, n. 112

Vincoli - decadenza - conseguenze - disciplina urbanistica - zone bianche.

Vincoli - decadenza - conseguenze - disciplina urbanistica - piani attuativi - ultrattività -

va affermata.

Secondo l'univoco orientamento della giurisprudenza amministrativa la intervenuta scadenza dei vincoli preordinati all'espropriazione, o comunque sostanzialmente ablativi, per decorso del termine di efficacia quinquennale comporta che l'area rimane priva di disciplina urbanistica ed è soggetta alle previsioni di cui all'art. 4, ult. co., l. 10/1977 (ora art. 9, T.U. n. 380/2001), sino all'adozione, da parte del Comune, di nuove, specifiche prescrizioni.

L'azzeramento della disciplina urbanistica con conseguente applicazione della normativa relativa alle cd. zone bianche non si produce in caso di scadenza di disposizioni vincolistiche contenute in piani di rango attuativo, perché in tal caso "il decorso del termine decennale di efficacia del piano fa venire meno solo i vincoli finalizzati all'espropriazione e le altre limitazioni della proprietà privata imposti dallo strumento attuativo, ma non anche la disciplina urbanistico-edilizia da esso dettata, che continua a trovare applicazione fino all'approvazione di un nuovo piano attuativo o di un nuovo Piano Regolatore Generale".

TAR Campania, Sa, Sez. II, 14.1.2011, n. 43

Irreversibile trasformazione del fondo - risarcimento per equivalente - facoltà del privato - non sussiste - accordo - necessità - sussiste.

Irreversibile trasformazione del fondo - accessione - art. 936, co. 4 e 5 c.c. - applicabilità - sussiste.

In nessun caso, neppure a fronte della sopravvenuta irreversibile trasformazione del suolo per effetto della realizzazione dell'opera pubblica, è possibile giungere, nonostante l'espressa domanda in tal senso di parte ricorrente, ad una condanna puramente risarcitoria a carico dell'amministrazione, poiché una tale pronuncia postula inammissibilmente l'avvenuto trasferimento della proprietà del bene per fatto illecito dalla sfera giuridica del ricorrente, ori-

ginario proprietario, a quella della PA che se ne è illecitamente impossessata. Esito, questo (comunque sia ricostruito in diritto: rinuncia abdicativa implicita nella domanda solo risarcitoria, ovvero accessione invertita), vietato dal primo protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in assenza di un passaggio intermedio dato dalla strumento dell'accordo ex art. 11, l. 241/90, ovvero dalla speciale figura della cessione volontaria di cui all'art. 45 d.P.R. 327/01.

A fronte dell'irreversibile trasformazione del fondo, in caso di mancato acquisto dell'area da parte dell'ente pubblico, si è in presenza di un'occupazione senza titolo, ossia di un illecito permanente, che consente in ogni momento al privato di chiedere la restituzione del fondo e la riduzione in pristino di quanto ivi realizzato, salva la preclusione sostanziale di cui all'art. 936, co. 4 e 5, c.c., in materia di rimozione di opere eseguite dal terzo sul terreno altrui.

TAR Campania, Na, Sez. VII, 14.1.2010, n. 181

Vincoli - decadenza - conseguenze - disciplina urbanistica - zone bianche parcheggi interrati - compatibilità - va affermata.

La decadenza per decorso del termine quinquennale del vincolo preordinato all'esproprio importa la qualificazione dell'area quale zona bianca, soggetta alle rigide prescrizioni edilizie di cui all'art. 4, ultimo co., l. 10/1977 (confluito nell'art. 9 d.P.R. 380/2001). Peraltro, tenuto conto che il parcheggio pertinenziale interrato non è opera rilevante ai fini del carico urbanistico, non dando vita ad una nuova costruzione, esso deve essere ritenuto compatibile anche con la legislazione rigoristica che, per le zone bianche, detta disposizioni volte ad evitare la compromissione del territorio mediante la realizzazione di costruzioni che possano vanificare la futura programmazione urbanistica dell'area.

«.....GA.....»

- AMBIENTE -

dell'Avv. Anna Cinzia Bartoccioni

C.giust. CE, Grande Sezione, 8.3.2011 - (C-240/09) pronuncia pregiudiziale

Ambiente - Convenzione di Aarhus - partecipazione del pubblico ai processi decisionali e accesso alla giustizia in materia di ambiente - effetto diretto.

L'art. 9, n. 3, della convenzione [CEE/ONU] sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, approvata a nome della Comunità europea con la decisione del Consiglio 17 febbraio 2005, 2005/370/CE, non ha efficacia diretta nel diritto dell'Unione. Nondimeno, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare, nei limiti del possibile, le norme processuali concernenti le condizioni che devono essere soddisfatte per proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale in conformità sia degli scopi dell'art. 9, n. 3, della suddetta convenzione sia dell'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, al fine di permettere ad un'organizzazione per la tutela dell'ambiente, come il Lesoochranárske zosku-penie, di contestare in giudizio una decisione adottata a seguito di un procedimento amministrativo eventualmente contrario al diritto ambientale dell'Unione.

TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 9.3.2011, n. 640
Provincia - controlli e prescrizioni - diffida prima del divieto di prosecuzione dell'attività.

L'art. 216,co.4. d.lgs. 152\2006 prevede che la Provincia effettui i controlli per verificare se qualche operatore non rispetta le prescrizioni ed in tal caso "dispone, con provvedimento motivato, il divieto di inizio ovvero di prosecuzione dell'attività, salvo che l'interessato non provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine e secondo le prescrizioni stabiliti dall'amministrazione". Quindi nel caso in cui durante il controllo emerga che l'attività non sia stata adeguata a qualcuna delle prescrizioni prevista

dalle disposizioni in materia di ambiente è prevista la sospensione a meno che l'interessato non si conformi alle prescrizioni imposte dall'amministrazione entro il termine concessogli; ciò evidentemente presuppone che debba essere concesso al controllato un termine per adeguarsi prima di giungere ad un provvedimento gravemente lesivo quale il divieto di prosecuzione dell'attività.

Consiglio di Stato Sez. IV, 12.1.2011, n. 133
VAS - autorità competente - amministrazione diversa o separata dall'autorità procedente - esclusione.

L'autorità competente alla V.A.S non deve essere necessariamente individuata in una pubblica amministrazione diversa da quella avente qualità di "autorità procedente", non vi è infatti alcuna indicazione in tal senso nella vigente normativa comunitaria e nazionale.

Per quanto dalle definizioni risulta chiaro che entrambe le autorità de quibus sono sempre "amministrazioni" pubbliche, in nessuna definizione del Testo Unico ambientale si trova affermato in maniera esplicita che debba necessariamente trattarsi di amministrazioni diverse o separate.

Inoltre l'art. 11, d. lgs. nr. 152 del 2006, costruisce la V.A.S. non già come un procedimento o subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, ma come un passaggio endoprocedimentale di esso, concretantesi nell'espressione di un "parere" che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.1.2011, n. 98
Installazione di stazioni radio base - certificato di abitabilità - necessità - esclusione.

La disciplina nazionale in tema di rilascio dei titoli abilitativi per l'installazione delle S.R.B. per telefonia mobile non richiede il certificato di abitabilità. Un'eventuale esigenza in tal senso risulterebbe ultronea, trattandosi di installazioni assimilate per legge ad opere di urbaniz-

zazione primaria ed in ordine alla cui realizzabilità non sembra ostare la carenza di un requisito (quello dell'abitabilità) finalizzato a ben diversi scopi.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 12.1.2011, n. 98
Principio di precauzione - presupposti preventivi - presupposti applicativi.

Il principio comunitario di precauzione postula in via preventiva: a) l'identificazione dei potenziali rischi; b) una valutazione scientifica, realizzata in modo rigoroso e completo sulla base di tutti i dati esistenti, nonché c) la mancanza di una certezza scientifica che permetta di escludere ragionevolmente la presenza dei rischi identificati, e, in via applicativa: l'adozione di puntuali misure (peraltro di carattere solo provvisorio, in attesa di pervenire a un più adeguato grado di conoscenza scientifica) le quali risultino non proporzionali rispetto al livello di protezione ricercato ed individuate a seguito dell'esame dei vantaggi e degli oneri conseguenti, anche in termini di una analisi economica costi/benefici.

TAR Veneto, Sez. III, 16.2.2011, n. 265
VIA - impugnazione del provvedimento di autorizzazione all'esecuzione - soggetti interessati - illegittimità se VIA esclusa in conferenza di servizi.

L'onere di impugnazione del provvedimento che decide in merito all'esclusione della procedura di VIA non preclude ai soggetti interessati l'impugnazione del provvedimento con cui il progetto viene autorizzato.

Tuttavia nel caso in cui sia impugnata soltanto l'autorizzazione all'esecuzione del progetto non potranno essere fatti valere con il ricorso censure relative alla mancata effettuazione della procedura di VIA, perché tale aspetto è stato già autonomamente e definitivamente considerato dal presupposto provvedimento, non tempestivamente impugnato, con cui è stata esclusa la procedura di VIA. Né è possibile sostenere che solo con l'autorizzazione all'esecuzione del progetto sorga la lesione e dunque l'interesse all'impugnazione, perché la decisione di non effettuare la VIA comporta già un pregiudizio per la tutela ambientale che consiste nell'impiego di minori cautele nella definizione della procedura autorizzatoria. Tale cir-

costanza è particolarmente evidente con riferimento ai comuni ai quali la procedura di VIA consentirebbe, in qualità di comuni interessati in relazione all'impatto ambientale, di esprimere il parere nell'ambito della procedura di VIA. Dunque per i comuni nel cui territorio non è prevista l'ubicazione degli impianti si realizza già la lesione, in relazione alla mancata possibilità di esercizio delle proprie competenze, all'atto dell'adozione del provvedimento con cui viene decisa l'esclusione dalla procedura di VIA.

TAR Toscana, Sez. II, 14.2.2011, n. 299
Comune - limiti di esposizione ai campi magnetici - generalizzate interdizioni localizzative - illegittimità.

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

TAR Veneto, Sez. II, 1.2.2011, n. 175
Stazioni radio base - comune - individuazione di beni o siti specifici inidonei alle installazioni - legittimità.

Per quanto il comune non è legittimato a limitare irragionevolmente sul proprio territorio gli ambiti destinati a s.r.b., il comune può, sotto il profilo urbanistico, introdurre regole a tutela di specifici beni, individuando determinati siti che, per destinazione d'uso e qualità degli utenti, possano essere considerati inidonei alle installazioni degli impianti di telefonia.

TAR Emilia R, Bo, Sez. II, 21.1.2011, n. 49
Legittimazione - associazioni - impugnazione per violazione normativa urbanistica.

Sussiste la piena legittimazione di un'associazione ambientalista a contestare anche la violazione della normativa urbanistica locale qualora i vizi dedotti sono rivolti ad eviden-

ziare l'illegittimità dell'autorizzazione ambientale all'emissione in atmosfera, di cui all'art. 269 del d. lgs. 152/2006 (e non i permessi edilizi) ed, inoltre, se si tratta di normativa urbanistica che prende in considerazione gli aspetti ambientali anche al fine di disciplinare l'attività produttiva da insediare, quali il ripristino a p.d.c. naturale, l'assicurazione di "acquifero protetto" per le falde sottostanti, la ri-vegetazione e le sue modalità. Una volta ammessa la legittimazione ad impugnare un provvedimento, si può dedurre qualunque vizio procedimentale, sia o meno un soggetto avente titolo a partecipare alla conferenza di servizi che avrebbe dovuto essere indetta, in quanto il diverso procedimento ben avrebbe potuto portare ad una diversa decisione sostanziale di merito.

TAR Calabria, Ct, Sez. I, 12.1.2011, n. 32

Energia rinnovabile - opere indifferibili ed urgenti - Protocollo di Kyoto - poteri urbanistici e paesaggistici - interesse nazionale - contemperamento.

Impianti eolici - autorizzazione unica - permesso di costruire - dissenso costruttivo motivato - indicazioni delle modifiche progettuali necessarie.

L'utilizzazione delle fonti di energia rinnovabile è considerata di pubblico interesse e di pubblica utilità, e le opere relative sono dichiarate indifferibili ed urgenti (art 12, co. 1, del d. lgs. 387/2003), anche in considerazione del fatto che la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra attraverso la ricerca, la promozione, lo sviluppo e la maggior utilizzazione di fonti energetiche rinnovabili e di tecnologie avanzate e compatibili con l'ambiente costituisce un impegno internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione del cosiddetto "Protocollo di Kyoto" dell'11.12.1997 (ratificato con l. n. 120 del 2002). Proprio alla luce di quanto sopra in-

fatti l'impatto territoriale degli impianti per la produzione di energia eolica, sicuramente rilevante e tale da giustificare l'esercizio dei poteri urbanistici e paesaggistici, non è tuttavia un elemento da considerare in via esclusiva, dovendo l'attività in parola tener conto altresì (e principalmente) dell'interesse nazionale - costituzionalmente rilevante - all'approvvigionamento energetico, soprattutto se in forme non inquinanti, il quale richiede la necessità, in base al principio di proporzionalità, della precisa indicazione delle ragioni ostative al rilascio della autorizzazione paesaggistica, al fine di eliminare sproporzioni fra la tutela dei vincoli e la finalità di pubblico interesse sotteso alla produzione ed utilizzazione dell'energia elettrica.

La realizzazione e gestione di impianti eolici rientra tra le attività di impresa liberalizzate, che, a scopo di semplificazione burocratica ed in ossequio ai principi comunitari, viene sottoposta, previa conferenza di servizi, ad un'autorizzazione unica, che costituisce anche titolo per la costruzione dell'impianto, e, quindi, è anche sostitutiva del permesso di costruire, poiché il comune può far valere il proprio interesse, ambientale ed urbanistico, ad una corretta localizzazione urbanistica del parco eolico e alla sua conformità edilizia, nell'ambito della suddetta previa conferenza di servizi. Sotto al-tro aspetto, giova evidenziare che, dal combinato disposto dell'art. 12 co. 4 del d. lgs. 387/2003 e dell'art. 14 quater co. 1 della l. 241/90, deriva l'obbligo dell'amministrazione dissenziente - nel caso di specie il comune sul cui territorio deve sorgere l'impianto - di esprimere la propria opposizione con un atto "costruttivo" che oltre ad essere congruamente motivato, deve anche "recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso".

«.....GA.....»

- OSSERVATORIO PENALE -

dell'Avv. Paolo Pittori

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 8.3.2011, n. 8988

Beni culturali - furto - configurabilità - atto ricognitivo - necessità - non sussiste.

Per il configurarsi del delitto di furto di beni appartenenti allo Stato, non è necessario che i beni siano qualificati di interesse artistico, storico, archeologico e etnoantropologico da un formale provvedimento della pubblica amministrazione, essendo sufficiente la desumibilità della sua natura culturale dalle stesse caratteristiche dell'oggetto, non essendo richiesto neppure un particolare pregio.

È quindi a tal uopo sufficiente "un interesse culturale oggettivo, derivante da tipologia, localizzazione, rarità o altri analoghi criteri, e la cui prova può desumersi o dalla testimonianza di organi della PA o da una perizia disposta dall'autorità giudiziaria".

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 4.3.2011, n. 8796

Lottizzazione abusiva - comprensorio - completa edificazione - configurabilità - va esclusa.

Il reato di lottizzazione è da escludersi nelle sole ipotesi di pressoché completa e razionale edificazione della zona, tale da rendere del tutto superfluo un piano attuativo, attesa la sussistenza di un rapporto di proporzionalità fra i bisogni degli abitanti già insediati e da insediare e la qualità e quantità degli impianti urbanizzanti già disponibili destinati a soddisfarli; rapporto di proporzionalità da determinarsi con riferimento all'intero perimetro del comprensorio che dovrebbe essere pianificato dallo strumento attuativo.

Corte di Cassazione pen., Sez. III, 2.3.2011, n. 8082

Demolizione - inottemperanza - acquisizione gratuita - automaticità - sussiste - atto di accertamento - necessità - va esclusa.

La ingiustificata inottemperanza all'ordine di demolizione di una costruzione abusiva, emesso

dall'autorità comunale, comporta l'automatica acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio disponibile del comune, indipendentemente dalla notifica all'interessato dell'accertamento formale della inottemperanza.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 25.2.2011, n. 7217

Volumi tecnici - titolo abilitativo - necessità - sussiste - cubatura - computabilità - va esclusa.

Volumi tecnici - nozione - strumentalità necessaria - necessità - sussiste.

La realizzazione di un "locale tecnico" non è attività di edilizia c.d. "libera", che può essere cioè eseguita senza alcun titolo abilitativo, essendo soltanto generalmente previsto (fatti salvi i casi di diversa definizione o disciplina da parte della legislazione regionale o delle norme urbanistico-edilizie vigenti in ambito comunale) che i "volumi tecnici", da indicare pur sempre negli elaborati progettuali, siano esclusi dal calcolo della cubatura utile di un edificio, che comunque deve essere autorizzato nei modi di legge.

Sono volumi tecnici quelli strettamente necessari a contenere ed a consentire la sistemazione di quelle parti degli impianti tecnici aventi un rapporto di strumentalità necessaria con l'utilizzo della costruzione (quali: serbatoi idrici, extracorsa degli ascensori, vani di espansione dell'impianto termico, canne fumarie e di ventilazione, vano scala al di sopra della linea di gronda etc.), che non possono, per esigenze tecniche di funzionalità degli impianti stessi, trovare collocazione entro il corpo dell'edificio realizzabile nei limiti imposti dalle norme urbanistiche.

Restano esclusi dalla nozione e sono computabili nel volume i vani che assolvono funzioni complementari all'abitazione (quali quelli di sgombero, le soffitte e gli stenditoi chiusi).

Per l'identificazione della nozione di "volume tecnico", assumono valore tre ordini di parametri: il primo, positivo, di tipo funzionale, re-

lativo al rapporto di strumentalità necessaria del manufatto con l'utilizzo della costruzione alla quale si connette; il secondo ed il terzo, negativi, ricollegati da un lato all'impossibilità di soluzioni progettuali diverse (nel senso che tali costruzioni non devono potere essere ubicate all'interno della parte abitativa) e dall'altro lato ad un rapporto di necessaria proporzionalità tra tali volumi e le esigenze effettivamente presenti.

Ne deriva che la nozione in esame può essere applicata solo alle opere edilizie completamente prive di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, ed è invece esclusa rispetto a locali, in specie laddove di ingombro rilevante, oggettivamente incidenti in modo significativo sui luoghi esterni.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 3.2.2011, n. 3887

Lottizzazione abusiva - materiale - cartolare - distinzione.

Lottizzazione abusiva - presupposti - parziale edificazione - configurabilità - sussiste - contrarietà al PRG - configurabilità - sussiste.

Lottizzazione abusiva - soggetti attivi - concorso - condotte eterogenee - configurabilità - sussiste - previo accordo - necessità - non sussiste.

Lottizzazione abusiva - elemento soggettivo - colpa - sufficienza - va affermata.

Ai sensi dell'art. 30, co. 1, d.P.R. 380/01 si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio, alternativamente: (a) quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali, o senza la prescritta autorizzazione (cd. lottizzazione materiale); (b) col frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio (cd. lottizzazione cartolare).

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità il reato di lottizzazione abusiva può configurarsi: (a) in presenza di un intervento sul territorio tale da comportare una nuova definizione dell'assetto preesistente in zona non urbanizzata o non sufficientemente urbanizzata, per cui esiste la necessità di attuare le previsioni dello strumento urbanistico generale attraverso la redazione di un piano esecutivo e la stipula di una convenzione lottizzatoria adeguata alle caratteristiche dell'intervento di nuova realizzazione; (b) quando l'intervento non potrebbe in nessun caso essere realizzato poiché, per le sue connotazioni oggettive, si pone in contrasto con la destinazione programmata del territorio comunale.

Il reato di lottizzazione abusiva - secondo concorde interpretazione giurisprudenziale - nella molteplicità di forme che esso può assumere in concreto, può essere posto in essere da una pluralità di soggetti, i quali, in base ai principi che regolano il concorso di persone nel reato, possono partecipare alla commissione del fatto con condotte anche eterogenee e diverse da quella strettamente costruttiva, purché ciascuno di essi apporti un contributo causale alla verifica dell'illecito (sia pure svolgendo ruoli diversi ovvero intervenendo in fasi circoscritte della condotta illecita complessiva) e senza che vi sia alcuna necessità di un accordo preventivo.

Il reato di lottizzazione abusiva è a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione, sia per il contrasto con le prescrizioni della legge o degli strumenti urbanistici, con la conseguenza che non è necessaria la dimostrazione del dolo, essendo sufficiente anche la mera colpa.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 27.1.2011, n. 6892

Mutamento di destinazione d'uso - lottizzazione abusiva - configurabilità - sussiste.

La giurisprudenza di legittimità riconduce al concetto giuridico della lottizzazione abusiva anche la esecuzione dei lavori che determinano un mero mutamento della destinazione d'uso di edifici già esistenti, da cui derivi la necessità di nuovi interventi di urbanizzazione (fattispecie relativa alla trasformazione di 16 sottotetti in mansarda).

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, n. 20.1.2011, n. 1824

Putrelle - installazione - pdc - necessità - sussiste.

L'installazione di putrelle rilevanti per caratteristiche e dimensioni, ancorché destinate ad impianto di illuminazione, determina una modificazione dell'equilibrio edilizio del territorio che necessita di permesso di costruire, trattandosi di infrastrutture che comportano la trasformazione in via permanente di suolo ineditato.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 19.1.2011, n. 1522

Piano interrato - pdc - necessità - sussiste.

La realizzazione di un piano interrato rientra tra gli interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio per i quali è necessario il permesso di costruire, trattandosi pur sempre di intervento in relazione al quale l'autorità amministrativa deve svolgere il proprio controllo sul rispetto delle norme urbanistiche ed edilizie, anche tecniche, finalizzato ad assicurare il regolare assetto e sviluppo del territorio. Ciò perché nel concetto di costruzione rientra ogni intervento edilizio, che abbia rilevanza urbanistica, in quanto incide sull'assetto del territorio ed aumenta il c.d. carico urbanistico, ivi compresi i locali interrati, cioè sottostanti il livello stradale, e seminterrati, funzionalmente asserviti, che devono essere computati a fini volumetrici e per i quali è necessario il permesso a costruire con il rispetto degli indici e degli standards urbanistici.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 19.1.2011, n. 1536

Movimenti di terreno - usi diversi da quello agricolo - titolo abilitativo - necessità - sussiste.

Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, al fine di stabilire se i movimenti di terreno costituiscano o meno una trasformazione urbanistica del territorio, occorre valutare l'entità dell'opera che si intende realizzare, potendo gli

stessi costituire sia spostamenti insignificanti sotto il profilo dell'insediamento abitativo per i quali non è necessario alcun titolo abilitativo, sia rilevanti trasformazioni del territorio, in quanto tali necessitanti il preventivo rilascio del permesso di costruire. In tale analisi rileva anche la finalità perseguita dal privato, dacché sono sempre assoggettate a titolo abilitativo edilizio le opere di scavo, di sbancamento e di livellamento del terreno, finalizzate ad usi diversi da quelli agricoli (ad esempio turistici o sportivi).

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 19.1.2011, n. 1548

Sanatoria paesaggistica - muro di contenimento - mero prolungamento - legittimità - va affermata.

È legittima l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria ex art. 167 d. lgs. 42/04, rilasciata per lavori di costruzione di un muro di contenimento in cemento armato e di prolungamento di un tratto di strada in una zona boschiva, non comportando dette opere creazione di superfici utili o volumi ovvero aumenti di quelli legittimamente realizzati.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 17.1.2011, n. 796

Mutamento di destinazione d'uso - opere interne - rilevanza - va affermata.

La predisposizione di impiantistica idrica, elettrica e di riscaldamento nel vano originariamente destinato a ricovero dell'autovettura costituisce modifica della destinazione d'uso del vano da garage ad abitazione.

Corte di Cassazione Pen., Sez. III, 14.1.2011, n. 761

Abusi paesaggistici - condonabilità - facoltà - sussiste.

L'art. 39, co. 8, l. 724/94, nella parte in cui prevede la sanabilità degli abusi perpetrati in area sottoposta a vincolo paesaggistico assume carattere di specialità rispetto al divieto di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria di cui all'art. 146, co. 4, d. lgs. 42/04.

«.....GA.....»

CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

D.P.C.M. 25/3/2011 (G.U. N. 74 DEL 31/3/2011): RINVIATA AL 31.12.2011 LA SCADENZA DELLE AUTORITÀ D'AMBITO TERRITORIALE (AATO).

*DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 25 marzo 2011
Ulteriore proroga di termini relativa al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. ...*

Decreta:

Art. 1 1. I termini di cui alla Tabella 1 allegata al presente decreto, di cui forma parte integrante, sonoprorogati, per le motivazioni in essa riportate, al 31.12.2011.

2. Le disposizioni di cui al presente decreto hanno effetto dal 1.4.2011.

Il presente decreto, previa registrazione da parte della Corte dei conti, sarà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Roma, 25.3.2011

«..... GA.....»

LA MANCATA INDICAZIONE A VERBALE DELLE MODALITÀ DI CONSERVAZIONE DEI PLICHI RENDE ILLEGITTIMA LA PROCEDURA DI GARA

Ai fini della tutela della segretezza delle offerte, e per assicurare la "par condicio" e la trasparenza delle operazioni concorsuali occorre invece che la Commissione di gara predisponga particolari cautele per la conservazione delle buste contenenti le offerte, e di dette cautele si faccia espressa menzione nel verbale di gara, non potendo tale verbalizzazione essere surrogata da dichiarazioni postume del presidente circa lo stato di conservazione dei plichi (in tal senso la giuri-

sprudenza sopra citata). Orbene, nella fattispecie in esame dai verbali di gara si evince che la Commissione ha ommesso qualsivoglia cautela per la custodia dei plichi, nulla disponendo circa le modalità per la loro conservazione, e nulla è detto del loro stato nello spazio temporale intercorrente tra una seduta e l'altra. Si aggiunga che della integrità dei plichi il presidente ha dato atto solo in alcune delle sedute della Commissione.

La inosservanza delle suindicate cautele da parte della Commissione, tanto più grave ove si consideri che le operazioni si sono protratte per oltre due mesi, rende dunque illegittima l'intera procedura concorsuale, come statuito nella sentenza appellata (CdS, 1368/2011).

«..... GA.....»

LA DECISIONE DI UN COMUNE DI RICORRERE AD UNA SOCIETÀ "IN HOUSE" INVECE CHE ALL'AFFIDAMENTO AD UN SOGGETTO TERZO DEVE ESSERE EFFETTUATA, PREVIA VALUTAZIONE COMPARATIVA DEI RISPETTIVI SERVIZI OFFERTI

Considera in proposito la sezione che la censura non è suscettibile di positiva valutazione, atteso che la interpretazione dell'art. 42 di detto statuto comunale non appare affatto interagire con la tutela della concorrenza, prevedendo solo l'obbligo di motivare le ragioni per le quali l'amministrazione sceglie di far ricorso ad una società "in house" invece che ad un soggetto terzo, previa comparazione dei rispettivi servizi offerti, il che non impinge in materia di tutela della concorrenza, ma del buon andamento dell'azione amministrativa. Il principio che la scelta della

forma di gestione per ciascun servizio deve essere effettuata previa valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione previste dalle disposizioni in materia è infatti applicabile non solo in detto comune perché previsto dallo Statuto, ma in generale ed ovunque ogni qualvolta debba essere effettuata la scelta tra il ricorso alle due forme di gestione di cui trattasi, anche se non espressamente previsto dall'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000, in ossequio al principio di buon andamento costituzionalmente previsto (CdS 854/2011).

«..... GA.....»

NELLA GARA D'APPALTO IL DURC INCOMPLETO, PERCHÉ MANCANTE DELLA PRONUNCIA DA PARTE DELL'INPS, NON OSTACOLA LA PARTECIPAZIONE ALLA GARA DA PARTE DELL'IMPRESA SE L'INCOMPLETEZZA È DOVUTA ALL'INERZIA DELL'ENTE

La giurisprudenza si attiene costantemente dal suddetto dettato normativo, affermando: "In materia di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara e dalla stipula dei relativi contratti dei soggetti che "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana e dello Stato in cui sono stabiliti", l'art. 38, comma 1, lett. i), del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) deve essere interpretato nel senso che il principio dell'autonomia del procedimento di rilascio del D.U.R.C. (documento unico regolarità contributiva) impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest'ultimo documento, prendendole come un dato di fatto inopugnabile, e debba altresì valutare, innanzi tutto, se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel D.U.R.C., o condoni, ed in secondo luogo se la violazione riportata nel D.U.R.C., in relazione all'appalto o fornitura in questione o alla consistenza economica della ditta concorrente o ad altre circostanze, risulti o no "grave" (CdS, IV, 15.9.2010, n. 6907). Il dato norma-

tivo e giurisprudenziale rende evidente che neppure in presenza di una accertata violazione degli obblighi contributivi la stazione appaltante può disporre automaticamente la esclusione dalla gara, e ciò deve indurre, per il principio di continenza, a trarre conclusioni dello stesso segno in ipotesi, come quella in esame, in cui sia presentato un D.U.R.C. in corso di validità, dal quale non emerga alcuna inadempienza ai predetti obblighi (CdS, 83/2011).

«..... GA.....»

INDICAZIONE OBBLIGATORIA DELLE QUOTE DI PARTECIPAZIONE ALL'ATI ANCHE IN ASSENZA DI PREVISIONE NEL BANDO DI GARA

Come correttamente rilevato dal primo giudice (e come riconosciuto dalla appellante) un consolidato orientamento giurisprudenziale afferma che dal combinato disposto degli art. 37, coo. 6, e 13 del d. lgs. 12.4.2006, n. 163 e 93, co. 4, d.P.R. n. 21.12.1999, n. 554 si desume il principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'A.T.I. e quote di esecuzione dei lavori, con la conseguenza che le quote di partecipazione al raggruppamento non possono essere evidenziate ex post, in sede di esecuzione del contratto, costituendo, quando anche non esplicitato dalla lex specialis, un requisito di ammissione, la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara (es. CdS, VI, 21.5.2009, n. 3144; 8.2.2008, n. 416). Vero è che la giurisprudenza ammette che l'indicazione della rispettiva quota di partecipazione dei membri del raggruppamento possa essere ritenuta non necessaria laddove la relativa struttura sia "tale da non determinare dubbio alcuno in merito al riparto dei lavori" (CdS, VI, 25.11.2008, n. 5787). Tuttavia, il principio non può essere invocato a sostegno delle tesi dell'appellante, se solo si consideri che le modalità di formulazione dell'offerta dell'A.T.I. Lucci (in cui le categorie OG2, OG11 e OS6 erano riferibili alla sola società 'Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni', mentre la categoria OS24 era riferibile alla sola 'Azienda Agricola D'Orazio Pietro') consentivano, al più, di dedurre il ri-

parto delle quote di partecipazione e delle quote di esecuzione, ma non consentivano di stabilire l'esatta e necessaria corrispondenza: a) fra le quote di qualificazione e le quote di partecipazione (che, infatti, non erano state indicate), né b) fra quote di partecipazione e quote di esecuzione (CdS 472/2011).

«..... GA.....»

L'OMESSA SOTTOSCRIZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA NON È CAUSA DI ESCLUSIONE DEL CONCORRENTE DALLA GARA

La sottoscrizione dell'offerta, prescritta ai sensi dell'art. 74 d. lgs. n. 163 del 2006, si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara (CdS, V, 7.11.2008, n. 5547). Non può ritenersi equivalente alla sottoscrizione dell'offerta l'apposizione della controfirma sui lembi sigillati della busta che la contiene. Invero, tale modalità di autenticazione della chiusura della busta – talvolta associata o alternativa alla sigillatura con ceralacca, secondo le prescrizioni della legge di gara - mira, diversamente dalla sottoscrizione dell'offerta che serve a far propria la manifestazione di volontà dell'offerente, a garantire il principio della segretezza dell'offerta e della integrità del plico, richieste ai fini della regolarità della procedura (CdS 528/2011).

«..... GA.....»

LEGITTIMO L'AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL SERVIZIO DI SMALTIMENTO RIFIUTI IN FAVORE DI SOCIETÀ INTERAMENTE PARTECIPATA DA ENTE LOCALE

In merito al primo aspetto la sezione deve ribadire che, secondo l'orientamento consolidato di questo Consiglio, da cui non v'è motivo di discostarsi, nel caso di affidamento in house, conseguente all'istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo. Il requisito del controllo analogo deve essere quindi verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (v. CdS, V, 24.9.2010, n. 7092; 26.8.2009, n. 5082; 9.3.2009, n. 1365). Va osservato, al riguardo, che l'istituto dell'in house providing trova una precisa matrice comunitaria nei pronunciati della Corte di Lussemburgo. L'interpretazione della normativa interna (art. 113, co. 5, lett. c), del d. lgs. n. 267/2000 e s.m.i.) va dunque condotta sul filo di quei vincolanti precedenti, come accade ogniqualvolta il giudice nazionale si trovi a dover fare applicazione di nozioni forgiate in ambito sovranazionale. La questione è stata per l'appunto esplorata, in modo esaustivo, da una recente pronuncia del Giudice comunitario. Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia 13 novembre 2008, in causa C-324-07, sulla vicenda "Coditel Brabant SA"(CdS 1447/2011).

«..... GA.....»

L'OMESSA PRODUZIONE DEL CERTIFICATO DI QUALITÀ AZIENDALE NON È SURROGABILE DALL'ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE IN

QUANTO SI TRATTA DI CERTIFICAZIONI CHE SVOLGONO FUNZIONI DIVERSE

L'attestazione di qualificazione, invece, come si ricava dalla disposizioni contenuta nel co. 3 dell'art. 1 del d.P.R. 25.1.2000, n. 34, "...costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici" (C.d.S., sez. IV, 19.10.2007, n. 5470; sez. V, 8.8.2003, n. 4599). 5.2. Ciò posto, ad avviso della sezione, la diversità delle funzioni cui attendono rispettivamente, la attestazione di qualificazione (possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria) e la certificazione di qualità aziendale (garanzia qualitativa di un determinato livello di esecuzione dell'intero rapporto contrattuale) esclude in radice

che il possesso della prima possa assorbire la seconda, rendendo irrilevante la mancanza di quest'ultima, trattandosi, come si ricava dalla lettura del co. 3 dell'art. 8 della l. 11.2.1994, n. 109, di due requisiti autonomi, quantunque entrambi attestati dagli organismi autonomi di attestazione. Ciò peraltro rende del tutto ragionevole, logica e non arbitraria la disposizione del bando di gara di cui al punto III.2.1.3., citata al precedente paragrafo sub 5.1. (di cui la ricorrente in primo grado non ha comunque neppure contestato la legittimità), che richiedeva ai fini della partecipazione alla gara in questione il possesso "della certificazione del sistema di qualità aziendale di cui all'art. 8 co. 3 lett. a) della l. n. 109/94", pacificamente non posseduta dalle società mandanti dell'A.T.I. provvisoriamente aggiudicatario della gara (CdS 1773/2011).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

ULTIME NOVITÀ IN TEMA DI AVVALIMENTO

dell'Avv. Michele De Cilla

Rassegna delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali in tema di avvalimento negli appalti pubblici

Il principio caratterizzante l'istituto dell'avvalimento consiste nella possibilità, per l'offerente, di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara facendo riferimento a quelli posseduti da altre imprese, dette ausiliarie.

L'avvalimento trova le proprie origini nel diritto comunitario, in quanto frutto della elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, dal quale sono scaturite le direttive europee regolatrici dell'istituto, i cui principi sono stati recepiti negli artt. 49 e 50 del codice dei contratti.

Secondo la definizione legislativa italiana, l'avvalimento consiste nell'opportunità offerta ai partecipanti a gare pubbliche, di soddisfare il possesso dei requisiti di natura economico – finanziaria e tecnico-organizzativa, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi, appunto, dei requisiti posseduti da altri soggetti, con esclusione di quelli di carattere soggettivo, che per la loro importanza devono essere posseduti sia dall'impresa ausiliaria che dalla ausiliata.

La successiva applicazione ed interpretazione dell'istituto ha creato, tuttavia, non poche perplessità e criticità da parte degli operatori economici e della giurisprudenza, considerata la sua novità nelle procedure ad evidenza pubblica tipiche del nostro sistema.

Infatti, mentre il diritto comunitario consente il ricorso all'avvalimento senza porre alcuna limitazione e rimettendo la sua operatività alle scelte del singolo concorrente, la normativa italiana pone una serie di limitazioni e adempimenti a carico delle imprese che vogliono usufruirne, il che ha determina-

to, negli operatori economici nazionali e nelle amministrazioni aggiudicatrici, una scarsa dimestichezza nonché una iniziale diffidenza nei confronti delle potenzialità dell'istituto in questione.

Invero, le problematiche applicative dell'avvalimento sono oggetto di costante attenzione da parte degli operatori del diritto che vengono di volta in volta chiamati ad interpretare la disciplina normativa in relazione all'utilizzo di ciascun offerente e alle prescrizioni del bando di gara.

Passando all'esame della disciplina di dettaglio e, in particolare, alle modalità con cui l'impresa partecipante attesta l'effettiva disponibilità delle risorse dell'impresa ausiliaria, va detto che esse consistono in una serie di documentazioni probatorie allegate alla domanda di partecipazione ed elencate all'art. 49 del codice dei contratti, tra i quali assume importanza fondamentale l'allegazione, in originale o copia autentica, del contratto in virtù del quale l'ausiliaria si impegna a fornire i requisiti e a mettere a disposizione i mezzi necessari per tutta la durata dell'appalto.

La questione inerente la prova dell'avvalimento è stata affrontata dal Consiglio di Stato nel 2009 (CdS, V, 10.2.2009, n. 743) in cui il Collegio, dissentendo dal TAR Lazio, aveva ritenuto imprescindibile la produzione del suddetto documento, in quanto unica prova idonea a dimostrare l'accordo, ai sensi dell'art. 1321 c.c., ossia di poter disporre dei requisiti posseduti dalla impresa ausiliaria, che all'uopo presta valido impegno contrattuale.

Più in generale, invece, va rilevato che anche sulla tipologia delle allegazioni da parte

delle imprese ausiliate che intendono usufruire delle risorse di altre imprese, non è dato riscontrare interpretazioni concordi da parte della giurisprudenza amministrativa, che oscilla tra un'interpretazione più o meno restrittiva dell'onere di documentazione dell'istituto in sede di gara.

In particolare, un primo orientamento giurisprudenziale ritiene che tra i documenti utili ad attestare la volontà di ricorrere all'avvalimento non sia sufficiente la mera produzione del contratto, ma vada prodotta anche la dichiarazione attestante l'avvalimento, non potendosi ritenere tale omissione sanata dalla esibizione del relativo contratto (CdS, V, 22.12.2010, n. 5856; TAR Campania, Na, 22.5.2009, n. 2852).

Altro filone giurisprudenziale si schiera a favore della semplificazione e afferma che la sola allegazione del contratto di avvalimento, a norma dell'art. 49 del codice dei contratti, è sufficiente a comprovare l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti necessari (CdS, V, 17.1.2011, n. 209; CdS, VI, 8.6.2010, n. 3634).

Invero, il TAR Lazio, Latina, nella sentenza del 5.11.2010, n. 1865, afferma: *“Il contratto di avvalimento (...) può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo, così come può considerarsi idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni di impegno dell'impresa ausiliaria nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente”*.

Del resto, è la stessa disciplina legale ad affermare che la prova del suddetto impegno può essere fornita producendo, in luogo del contratto, una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente tra l'impresa ausiliaria e il concorrente avvalso quando questi facciano parte del medesimo gruppo, come stabilito dall'articolo 49, co. 2, lett. g).

In linea con la su riportata previsione appare quell'interpretazione giurisprudenziale, che, nel precisare che la finalità dell'avvalimento non consiste in un arricchimento delle capacità del concorrente, bensì nell'aumentare le possibilità partecipative dei concorrenti

privi di requisiti, afferma che non sono rilevanti per la stazione appaltante i rapporti sottostanti esistenti tra concorrente e soggetto ausiliario, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre validamente delle risorse del secondo, atteso che le dir. comunitarie n. 17 e 18 del 2004 espressamente prevedono: *“un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”*. (cfr. CdS, V, 17.03.2009, n. 1589).

Ed, in effetti, nella citata sentenza il Consiglio di Stato evidenzia un ulteriore profilo afferente l'avvalimento, statuendo che è illegittima l'esclusione dalla gara di quell'impresa che, ai fini dell'avvalimento, indica più imprese ausiliarie, nel caso in cui tale indicazione non sia cumulativa, bensì alternativa, nel senso che il concorrente sarebbe già sufficientemente qualificato anche indicando una sola di esse.

L'assunto, secondo l'orientamento giurisprudenziale, sarebbe perfettamente in linea col dato letterale della norma, vale a dire il co. 6 dell'art. 49, il quale, nell'ammettere la possibilità di avvalersi di più imprese ausiliarie, qualora previsto dal bando, pone, tuttavia, il divieto dell'utilizzo frazionato, da parte dell'offerente, dei requisiti economico - finanziari e tecnico-organizzativi, legittimando, in altri termini, l'alternatività, ma non la cumulabilità, dei requisiti medesimi.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, in una successiva pronuncia, ha chiarito che la medesima disciplina normativa esclude l'utilizzo di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione, ma non già il cumulo tra avvalimento e associazione di una mandante per la medesima categoria, situazione che non genera cumulo tra requisiti ma si configura quale modalità partecipativa alla gara (CdS, V, 15.11.2010, n. 8043).

Del pari, il principio della irrilevanza, per la stazione appaltante, dei rapporti intercorrenti tra ausiliaria e ausiliata viene confermato nelle successive e più recenti pronunce giurisprudenziali: in particolare, ne viene fatta applicazione anche nell'ambito delle associazioni temporanee fra imprese, allorchè l'ausi-

liaria sia la società controllante dell'avvalsa.

Nel caso di specie, il Supremo Consesso amministrativo, nell'effettuare un breve *excursus* sulla natura e sulle finalità dell'avvalimento, e nel confermare, in parte, quanto statuito in primo grado dal TAR Puglia, Ba, nella sentenza del 8.2.2010, n. 268, ha espressamente affermato: *“le previsioni comunitarie in tema di avvalimento, che prescindono dalla natura giuridica dei legami tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata, e che nel caso di raggruppamenti consentono l'avvalimento sia interno che esterno al gruppo, inducono a ritenere che: a) impresa ausiliaria può essere anche una società facente parte del medesimo gruppo dell'impresa ausiliata, vuoi come controllante, vuoi come controllata; b) nel caso in cui un concorrente in gara sia un raggruppamento e una delle imprese del raggruppamento utilizzi l'avvalimento, impresa ausiliaria può anche essere la controllante o la controllata di altra impresa del medesimo raggruppamento. Infatti, in tal caso, più imprese dello stesso raggruppamento costituiscono un medesimo concorrente, e sono irrilevanti i rapporti interni di controllo riferiti al medesimo concorrente”*; dunque, anche la dichiarazione di non trovarsi in una situazione di controllo che l'ausiliaria deve rendere ai sensi dell'art. 49, co. 2 lett. e), va intesa *“alla luce delle direttive comunitarie secondo cui l'avvalimento è ammesso a prescindere dalla natura dei legami tra impresa ausiliaria e ausiliata”*, e quindi va resa solo nei confronti di altri soggetti partecipanti alla gara e non nei riguardi dell'ausiliata.

La medesima pronuncia, anzi, estendendo l'applicabilità dell'avvalimento, afferma *“persino la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'a.t.i. deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento”* (CdS, VI, 29.12.2010, n. 9577).

A tal proposito, va segnalata anche una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato che - interpretando, al contrario, la natura del raggruppamento non come soggetto unitario, ma quale unione di soggetti distinti - ha, invece, escluso che esso sia obbligato ad avvalersi di una sola impresa, bensì *“può soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di tante imprese ausiliarie quante sono*

le singole imprese che compongono il raggruppamento. Legittimamente pertanto la PA appaltante aggiudica la gara ad un r.t.i. che al fine di comprovare i requisiti richiesti, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, giovandosi dei requisiti di due distinte imprese ausiliarie e, quindi, dell'avvalimento plurimo per singole categorie di qualificazioni SOA” (CdS, V, 8.2.2011, n. 857).

Per quanto attiene ai requisiti che possono essere dimostrati mediante avvalimento, la norma stabilisce che il concorrente può dimostrare *“il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”*.

Al riguardo, la casistica va dalla dimostrazione del requisito del fatturato globale al capitale sociale minimo richiesto per l'esecuzione di un appalto, fino al possesso dei mezzi e delle risorse necessarie per comprovare le capacità tecniche dell'impresa avvalsa, nonché il possesso del requisito della pregressa esperienza quinquennale nel medesimo settore oggetto della gara.

La giurisprudenza in merito alla disciplina dei requisiti ricompresi nella facoltà di avvalimento, ha, tuttavia, rivelato una certa oscillazione interpretativa, che certo non ha contribuito a garantire agli operatori economici uniformità di trattamento e certezza della norma.

In particolare, se parte della giurisprudenza è stata pressochè compatta nell'escludere l'avvalimento per il requisito della pregressa esperienza nel settore oggetto di appalto, dichiarando che *“la specifica esperienza deve essere posseduta da tutte le imprese associate in a.t.i. e non solo dalla mandataria, e non può essere oggetto di cumulo con altre esperienze”*, atteggiandosi a requisito integrante una condizione soggettiva del concorrente, in quanto tale del tutto disancorata dalle finalità sottese all'avvalimento (TAR Campania, Na, I, 2.2.2011, n. 644), per quanto concerne, invece il requisito relativo al capitale sociale minimo, non può riscontrarsi la stessa unanimità di vedute.

Emblematico, a tal proposito, è il conflitto interpretativo intervenuto tra il TAR Lazio,

Lt, 5.11.2010, n. 1865, che ha stabilito in primo grado: *“la generale ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento a tutti gli appalti, trova un limite laddove, ai fini della partecipazione ad una gara, sia necessario il possesso di un requisito soggettivo personalissimo, come quello del capitale sociale minimo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'impresa”* e quanto, invece, deciso dal Consiglio di Stato, V, con ord. n. 512 del 2.2.2011 - che ha sospeso in via cautelare l'efficacia della citata pronuncia del TAR Lazio - laddove, facendo leva sul carattere economico, finanziario e tecnico del requisito in parola, il Giudice ha affermato che *“l'istituto dell'avvalimento è di applicazione generale (...) Appare legittima la clausola del bando di gara che, anche per il requisito speciale del possesso del capitale minimo necessario consente alle imprese partecipanti il ricorso all'istituto dell'avvalimento”*.

Ancora, è stato ritenuto (TAR Campania, Napoli, I, 6.12.2010, n. 26798) legittimo il provvedimento di esclusione adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che, al fine di integrare il possesso dei requisiti richiesti dal bando, era ricorso all'avvalimento di un'impresa ausiliaria che, a sua volta, aveva utilizzato i requisiti di un'altra impresa giuridicamente distinta ma alla stessa collegata da vincoli di gruppo societari, in quanto ciò avrebbe realizzato una fattispecie vietata di avvilimento *“a cascata”*.

Nella citata pronuncia si precisa che *“Il collegamento societario, dunque, non si cumula con l'istituto dell'avvalimento, ma ne rappresenta un possibile fattore - genetico e giustificativo - atto a dimostrare, sul piano sostanziale, una comunanza di interessi fra i due soggetti interessati al prestito dei requisiti”*.

Infine, non si può non dare atto della più recente evoluzione giurisprudenziale in materia di avvalimento quale categoria generale estesa anche alle ipotesi di appalto integrato.

Invero, nel caso di specie, il Consiglio di

Stato ha avallato il richiamo della *lex specialis* di gara all'istituto dell'avvalimento anche per i requisiti dei progettisti, stabilendo che: *“l'art. 53, co. 3 del codice dei contratti pubblici, che consente agli operatori economici di avvalersi di progettisti qualificati, è compatibile con l'art. 49, concernente l'istituto dell'avvalimento, il quale ha una portata soggettiva generale non limitata alla sola figura dell'impresa”*.

E' pertanto legittima la clausola del bando che estende l'istituto dell'avvalimento al progettista di cui l'impresa intende servirsi per soddisfare i requisiti richiesti per la partecipazione ad un appalto integrato, al fine di consentire alla stazione appaltante di controllare meglio la serietà e la stabilità dell'offerta anche con riguardo all'attività del progettista” (CdS, V, 13.10.2010 n. 7471).

Le brevi riflessioni su riportate sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di avvalimento denotano lo sforzo degli operatori del diritto di interpretare in maniera sempre meno rigorosa i limiti dell'istituto, al fine di renderlo più in linea con le previsioni comunitarie, da sempre improntate all'estrema concorrenzialità del mercato.

E, tuttavia, non vi è stato chi non abbia intravisto in esso un potenziale pericolo alla concorrenza, come è stato rilevato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere n. AS251 del 7.2.2003, ove l'Autorità ha paventato che il modello del megagrappamento, laddove evolva in un'a.t.i. non necessaria, ossia un'associazione iperqualificata, possa costituire uno strumento restrittivo della concorrenza.

A siffatta considerazione la giurisprudenza ha sempre opposto la facoltà, in capo alle stazioni appaltanti, di prevedere nel bando apposite limitazioni alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente posseggano i requisiti per partecipare alla gara (per tutti, CdS, VI, n. 4145/2009), così rimettendo alla discrezionalità dell'operatore nazionale la facoltà di porre ulteriori limiti finalizzati alla salvaguardia della maggiore concorrenzialità del mercato.

L'ACCESSO (NEGATO) ALLE RELAZIONI RISERVATE DEL DIRETTORE DEI LAVORI E DELL'ORGANO DI COLLAUDO

dell'Avv. Paola Tria

La tutela degli interessi patrimoniali dell'amministrazione preclude l'accesso difensivo dei privati

L'art. 13, co. 5, lett. d) del d. lgs. n. 163/06 stabilisce che "...sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto".

Ci si domanda se il riferimento alle relazioni riservate vada inteso in senso stretto oppure se sia passibile di un'interpretazione estensiva.

In altri termini, ci si domanda se nel significato di "relazioni riservate" possano rientrare i più ampi concetti di procedimenti di accordo bonario e/o di collaudo.

Tale indagine non è di poco conto: si tratta, infatti, di delimitare lo spazio sottratto al diritto di accesso dei privati.

E' ragionevole ritenere che la norma in questione sia di stretta interpretazione.

In primo luogo per un dato letterale: basti pensare che il medesimo art. 13 del d. lgs. n. 163/06 al co. 6 prevede che siano accessibili "in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso" taluni documenti per i quali il co. 5 dispone l'esclusione dall'accesso, ma fra i documenti elencati dal co. 6 non rientrano comunque le relazioni riservate.

In secondo luogo, milita un argomento sostanziale.

Al riguardo, è stato chiarificatore l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 2007 che, se pure resa con riferimento alla normativa precedente al codice dei contratti, è assolutamente valida anche in relazione all'art. 13 dello stesso codice che riproduce (quasi) pedissequamente le disposi-

zioni abrogate.

Ebbene, secondo l'Adunanza Plenaria, venuta meno la possibilità dell'accordo bonario le relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore mantengono la loro caratteristica di strumento di tutela degli interessi della stazione appaltante del quale l'amministrazione dispone nell'eventuale contenzioso che l'appaltatore intenda istaurare per il riconoscimento delle riserve e per il pagamento del prezzo integrale dell'opera.

Inoltre, l'art. 13 co. 5 del d. lgs. n. 163 del 2006, evidenzia l'Adunanza plenaria, equiparando le relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore "ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice" (co. 5, lett. c) anch'essi non ostensibili perché riferiti ad un contenzioso potenziale o attuale con l'appaltatore e investiti dalle stesse esigenze di riservatezza che tutelano le ragioni di ordine patrimoniale della stazione appaltante, rappresenta un'implicita conferma del legislatore alla correttezza della tesi che vieta l'ostensibilità delle relazioni.

Anche di recente la giurisprudenza è tornata a ribadire che devono ritenersi sottratte all'accesso le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo: "Pertanto, è legittimo il diniego di accesso espresso da un ente locale in relazione ad una istanza ostensiva avanzata da una ditta appaltatrice, per accedere alle relazioni riservate, depositate dai direttori dei lavori e dai collaudatori, in merito alle riserve apposte sulla contabilità di cantiere" e questo perché "... il diniego di accesso, oltre che giuridicamente supportato dal dato letterale delle norme sopra richiamate, appare coerente con la stessa ratio delle disposizioni medesime, rappresentata dalla necessità di evitare la diffusione, al di

fuori dell'amministrazione, del contenuto di relazioni indirizzate alla amministrazione, contenenti informazioni potenzialmente rilevanti ai fini della definizione della controversia potenziale o in atto tra l'amministrazione e l'appaltatore in merito alla esatta esecuzione del contratto" (TAR Puglia, Le, II, 11.2.2010, n. 549) .

In conclusione, la legge esclude il diritto d'accesso alle relazioni riservate e questa preclusione non subisce eccezioni neanche *"in vista della difesa in giudizio"* dell'interessato.

Tale esigenza di riservatezza è dettata dalla necessità di tutelare gli interessi di natura patrimoniale dell'amministrazione che, in un'ipotetica controversia sull'esecuzione del

contratto, si verrebbero a fronteggiare con quelli dell'appaltatore.

Ebbene, poiché secondo la giurisprudenza tali interessi patrimoniali solo indirettamente presenterebbero riflessi di ordine pubblicistico a causa delle possibili conseguenze sulla finanza pubblica (CdS, V, 10.7.2002, n. 3842) di una controversia, gli interessi dell'amministrazione vengono tutelati al pari di quelli dei privati: come a dire che, a parità di posizioni, deve essere riconosciuta parità delle armi.

Se pure in favore dell'amministrazione.

Se questa è la posizione del legislatore, un'interpretazione restrittiva dell'art. 13, co. 5, lett. d) del d. lgs. n. 163/06 è da salutare con favore.

«.....GA.....»

IL CONTENZIOSO NEGLI APPALTI PUBBLICI NEL NUOVO REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI, D.P.R. 5.10.2010, N. 207

del Dott. Andrea Di Stazio

L'evoluzione del contenzioso negli appalti pubblici alla luce delle modifiche introdotte dal nuovo regolamento del codice dei contratti.

Sulla G.U. n. 288 del 10.12.2010 è stato pubblicato il regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti, d.P.R. 5.10.2010, n. 207.

Il regolamento si compone di 358 articoli e 15 allegati ed entrerà in vigore (fatti salvi gli artt. 73 e 74 che già sono entrati in vigore e che riguardano aspetti sanzionatori nei confronti delle imprese e delle S.O.A.) il giorno 8.6.2011.

Per quanto riguarda gli aspetti inerenti gli appalti di lavori pubblici il nuovo regolamento tende ad essere un testo unico che ricomprende il vecchio regolamento d.P.R. 554/99, il vecchio regolamento di qualificazione delle imprese con attestazione SOA (d.P.R. 34/2000) ed il capitolato generale dei lavori pubblici (d.m. LL.P. 145/2000); vengono inoltre introdotte numerose parti nuove.

In questo articolo tratteremo di un aspetto particolarmente rilevante per gli enti locali e cioè il contenzioso, così come disciplinato nel nuovo regolamento. La tematica nel nuovo regolamento è trattata negli artt. 190 e 191; l'art. 190 è ripreso dall'art. 165 del d.P.R. 554/99, mentre l'art. 191 è tratto dall'art. 31 del vecchio capitolato generale dei lavori pubblici. Si sottolinea che in tali articoli l'appaltatore viene indicato con il termine "esecutore"; di tale termine il regolamento, all'art. 3, omette di dare una precisa definizione; la fattispecie è sicuramente una omissione del d.P.R. in argomento in quanto può dare luogo ad interpretazioni divergenti; chi è il soggetto "esecutore"? Colui che esegue "materialmente" i lavori o il legale rappresentante della ditta appaltatrice?

Il termine "esecutore" viene raramente citato nel codice dei contratti ove più

frequentemente viene impiegato il termine appaltatore; nel codice il termine esecutore non viene quasi mai impiegato da solo; si parla invece di soggetto esecutore del contratto (co. 5 lett. d art. 13), di esecutore del contratto (co. 1 art. 113) ovvero di esecutore dei lavori (co.1 art. 129).

Dal punto di vista ermeneutico sono esemplificativi sia la rubrica che il testo del co. 1 dell'art. 140 del codice; la rubrica recita: "Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore" mentre l'incipit del primo comma è il seguente: "Le stazioni appaltanti prevedono nel bando di gara che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori"; da ciò si evince che per il legislatore i termini *esecutore* o *appaltatore* sono sinonimi.

Personalmente avremmo preferito che fosse conservata la dizione di "appaltatore", termine che affonda nella storia della legislazione dei lavori pubblici italiana e che ha immediato collegamento con il codice civile e la nozione di contratto d'appalto.

Il nuovo regolamento ha una serie di istituti finalizzati a disinnesare il contenzioso; il primo istituto è quello previsto dall'art. 12, con l'istituzione di un accantonamento pari al 3% del programma di interventi finalizzato a coprire gli oneri per le procedure di accordo bonario previste dagli artt. 239 e 240 del codice; tale accantonamento può essere in-

tegrato con i ribassi d'asta e le economie comunque realizzate nella esecuzione del programma stesso.

Nella versione dell'articolo del d.P.R. 554/99 la percentuale del 3% era obbligatoriamente iscritta a bilancio; ora nell'attuale versione si parla di “*accantonamento modulabile annualmente*” all'interno di “*ciascun programma di interventi*” pari ad almeno il tre per cento delle spese previste per l'attuazione dei predetti interventi compresi nel programma.

Riteniamo quindi che la predetta percentuale del 3% debba trovare spazio all'interno del quadro economico del programma di interventi.

Le eccezioni e le riserve sono disciplinate – nello specifico – dagli articoli 190 e 191 del d.P.R. 207/2010; l'art. 190 riprende in toto l'art. 165 del vecchio regolamento, sostituendo la parola “*appaltatore*” con “*esecutore*”; l'art. 191 riporta l'art. 31 del d.m. 145/2000, capitolato generale dei lavori pubblici e disciplina la forma ed il contenuto delle riserve. Si ribadisce che se l’“*esecutore*” (appaltatore n.d.r.), ha firmato con riserva, qualora l'esplicazione e la quantificazione della riserva non siano possibili al momento della formulazione della stessa, egli deve esplicitare, a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni, le sue riserve, scrivendo e firmando nel registro le corrispondenti domande di indennità e indicando con precisione le cifre di compenso cui crede aver diritto, e le ragioni di ciascuna domanda.

A sua volta il direttore dei lavori, nei successivi quindici giorni, espone nel registro le sue motivate deduzioni. Se il direttore dei lavori omette di motivare in modo esauriente le proprie deduzioni e non consente alla stazione appaltante la percezione delle ragioni ostative al riconoscimento delle pretese dell'esecutore, incorre in responsabilità per le somme che, per tale negligenza, la stazione appaltante dovesse essere tenuta a sborsare.

Si ribadisce che il termine di quindici giorni per l'esplicazione delle riserve è perentorio; infatti nel caso in cui l'esecutore firmi con riserva ma non espliciti le riserve entro tale termine, i fatti registrati si intendono definitivamente accertati, e

l'esecutore decade dal diritto di far valere in qualunque termine e modo le riserve o le domande che ad essi si riferiscono.

Il nuovo regolamento conferma che le riserve devono essere formulate in modo specifico ed indicare con precisione le ragioni sulle quali esse si fondano.

In particolare, le riserve devono contenere a pena di inammissibilità la precisa quantificazione delle somme che l'esecutore, ritiene gli siano dovute; tale quantificazione è effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto all'importo iscritto.

Il Direttore dei lavori, al termine dei lavori compila il conto finale; l'esecutore (appaltatore n.d.r.), all'atto della firma, non può iscriverne domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori, e deve confermare le riserve già iscritte sino a quel momento negli atti contabili per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'art. 239 del codice dei contratti o l'accordo bonario di cui all'art. 240 del predetto codice, eventualmente aggiornandone l'importo.

La controversia insorta con l’“*esecutore*” può essere risolta mediante transazione, come previsto dall'art. 239 del codice; la transazione deve essere effettuata in forma scritta a pena di nullità ed eseguita nel rispetto del codice civile (art. 1965 c.c.).

Le amministrazioni aggiudicatrici, se l'importo di ciò che concedono o rinunciano in sede di transazione eccede la somma di 100.000 euro, devono acquisire il parere dell'avvocatura che difende il “*soggetto*” o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso. Il codice dei contratti usa il termine “*soggetto*” intendendosi per tale termine la stazione appaltante; anche in assenza di “*avvocatura*”, presente solo negli enti locali di certe dimensioni, si raccomanda ugualmente l'acquisizione di un parere di un *legale* prima di effettuare la transazione con l'*esecutore* delle opere.

Si evidenzia che competente ad effettuare la proposta di transazione all'appaltatore è il dirigente competente della stazione appaltante, sentito il responsabile del procedi-

mento.

La procedura di accordo bonario, prevista dall'art. 240 del codice, si applica in tutti i casi nei quali a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Il procedimento può essere esperito solo due volte nel corso dell'appalto; le riserve esaminate in un procedimento devono essere diverse ed ulteriori rispetto a quelle già iscritte nei documenti contabili.

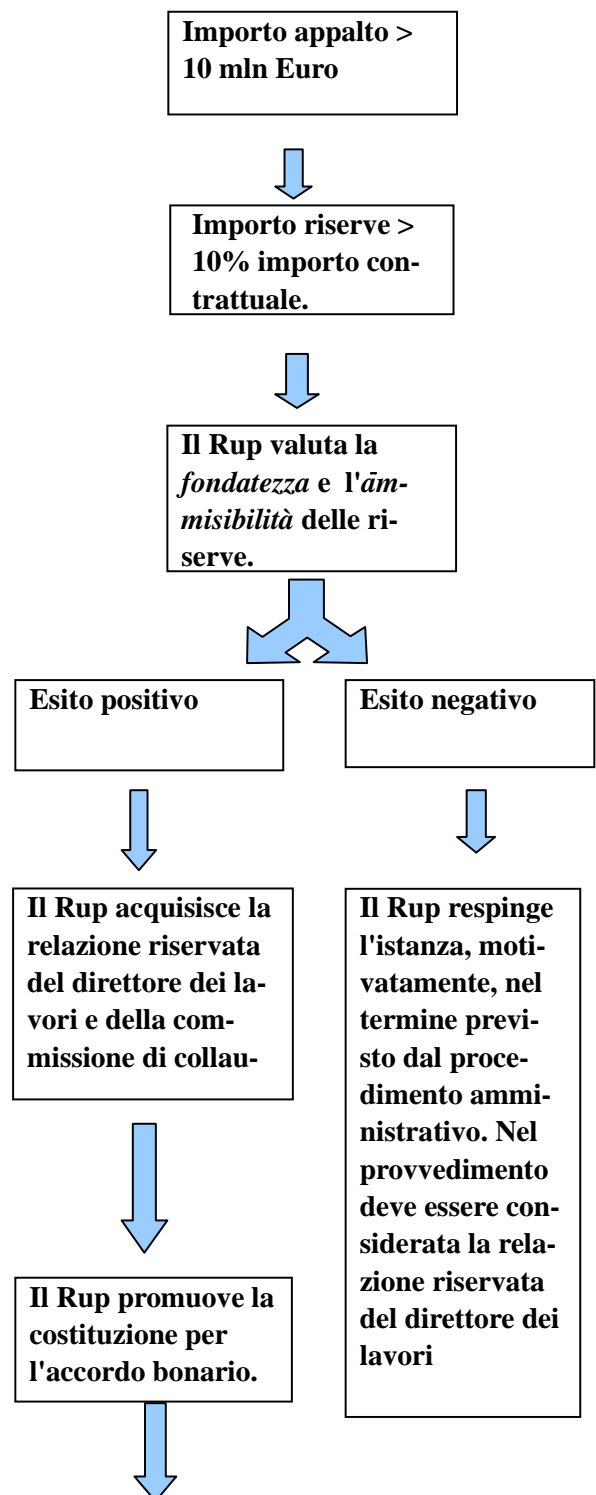
L'avvio del procedimento spetta al direttore dei lavori che ne deve dare immediata comunicazione al responsabile del procedimento, allegando la *propria* relazione riservata; a sua volta il responsabile del procedimento valuta l'*ammissibilità* e la *non manifesta infondatezza* delle riserve.

Cosa s'intende per *ammissibilità* e *non manifesta infondatezza*? Per *ammissibilità* s'intende la riserva apposta conformemente alle modalità stabilite dagli artt. 190 e 191 del d.P.R. 207/2010 e cioè riserva regolarmente iscritta nel registro all'atto della firma ovvero esplicitata nel termine *perentorio* di quindici giorni; per *non manifesta infondatezza* s'intende la riserva che abbia una certa apparenza di fondatezza su quelle che sono le risultanze oggettive dell'andamento dell'appalto, soprattutto per quanto attiene al raggiungimento della soglia del 10% dell'importo contrattuale; si pone in evidenza che l'appaltatore potrebbe essere tentato di formulare riserve pretestuose al solo fine di raggiungere la "*fatidica*" soglia.

Il codice dei contratti prevede l'obbligatorietà della commissione per l'accordo bonario per appalti o concessioni di importo superiore a dieci milioni di euro; per appalti di importo inferiore a tale soglia la costituzione della commissione dell'accordo bonario è facoltativa in corso d'opera e di detta commissione il RUP può farne parte.

Al termine dei lavori, quando il RUP riceve il certificato di collaudo o di regolare esecuzione il RUP deve promuovere la costituzione della commissione per l'accordo bonario, indipendentemente dall'importo

economico delle riserve ancora da definirsi. Nel grafico che segue è riportata nel dettaglio la procedura:



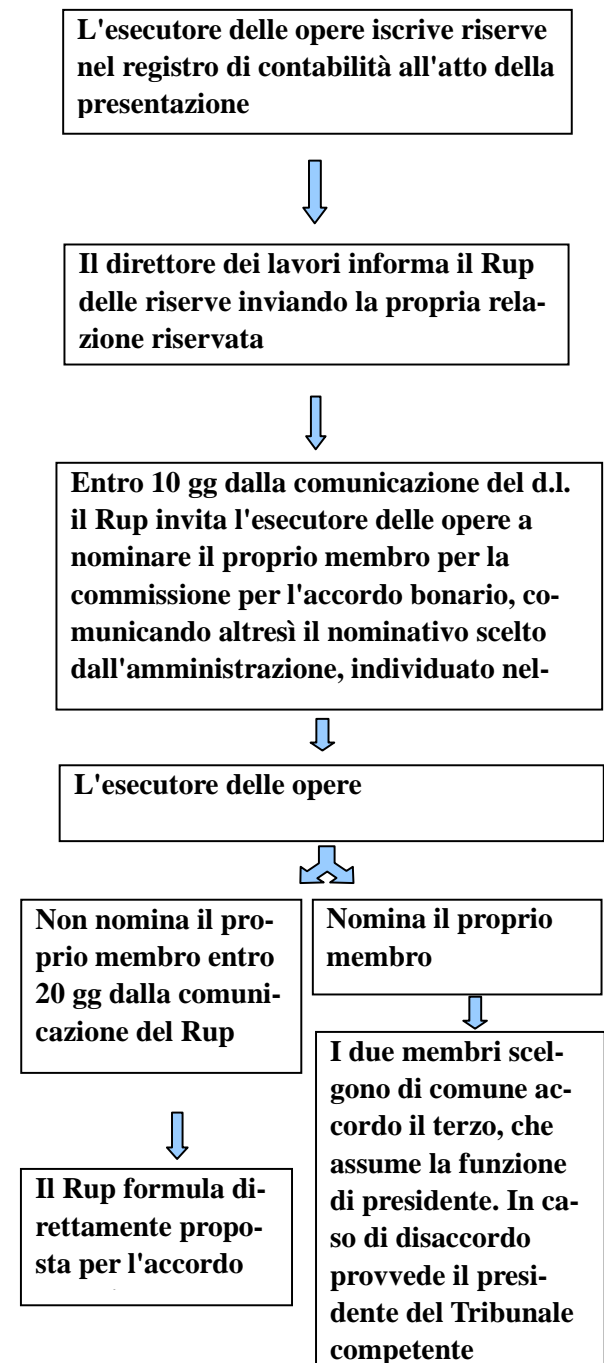
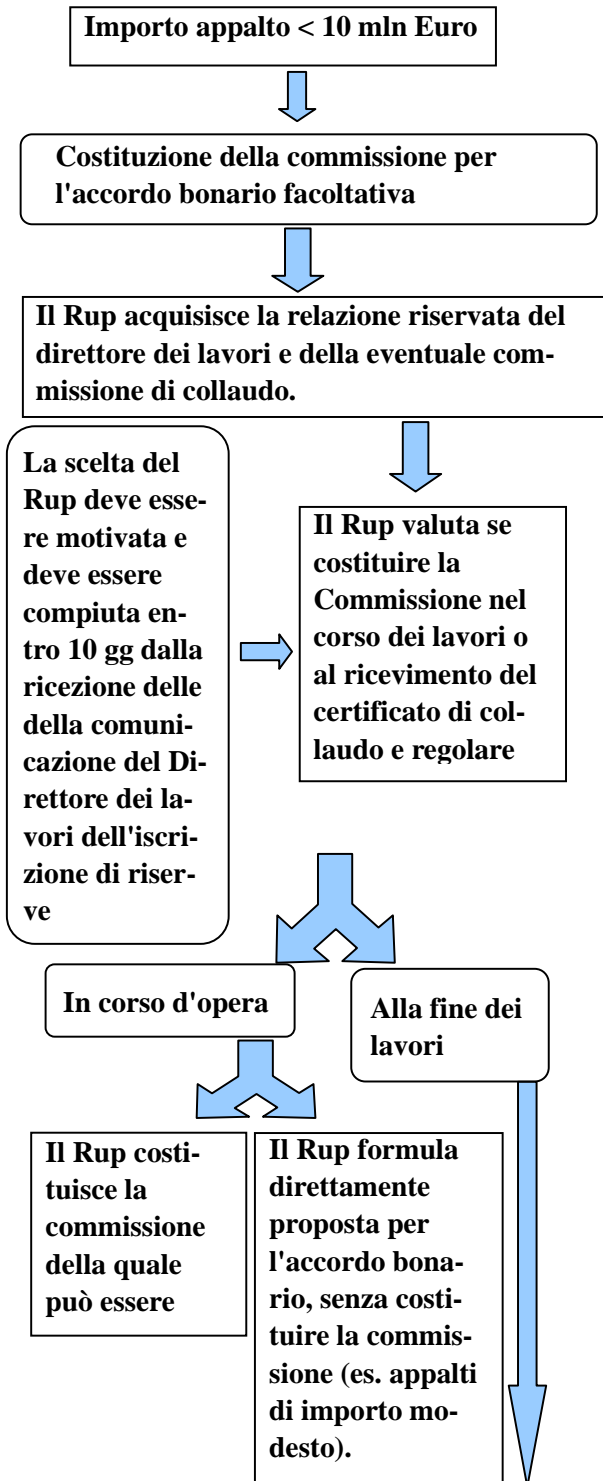
La commissione per l'accordo bonario è composta da tre membri, uno nominato dalla stazione appaltante, uno dall'appaltatore, il terzo scelto di comune accordo tra i due. In caso di disaccordo provvede alla nomina il presidente del Tribunale

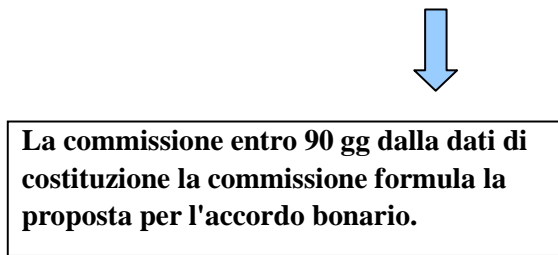
Alla fine dei lavori il Rup costituisce la commissione per l'accordo bonario

Nella relazione finale riservata, il responsabile del procedimento esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore

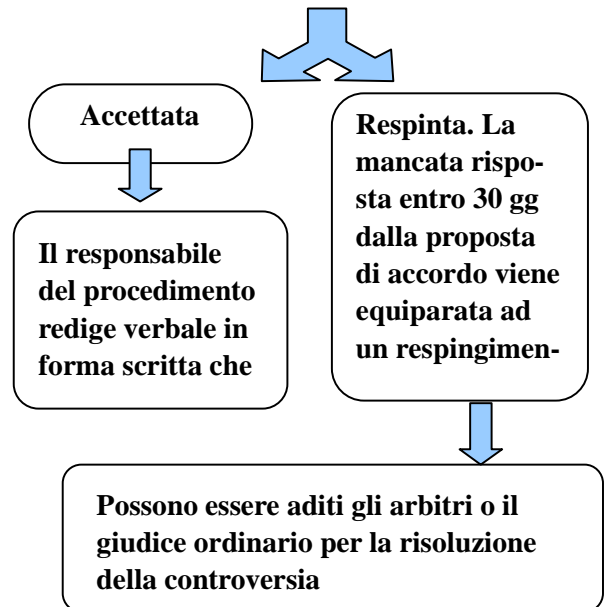
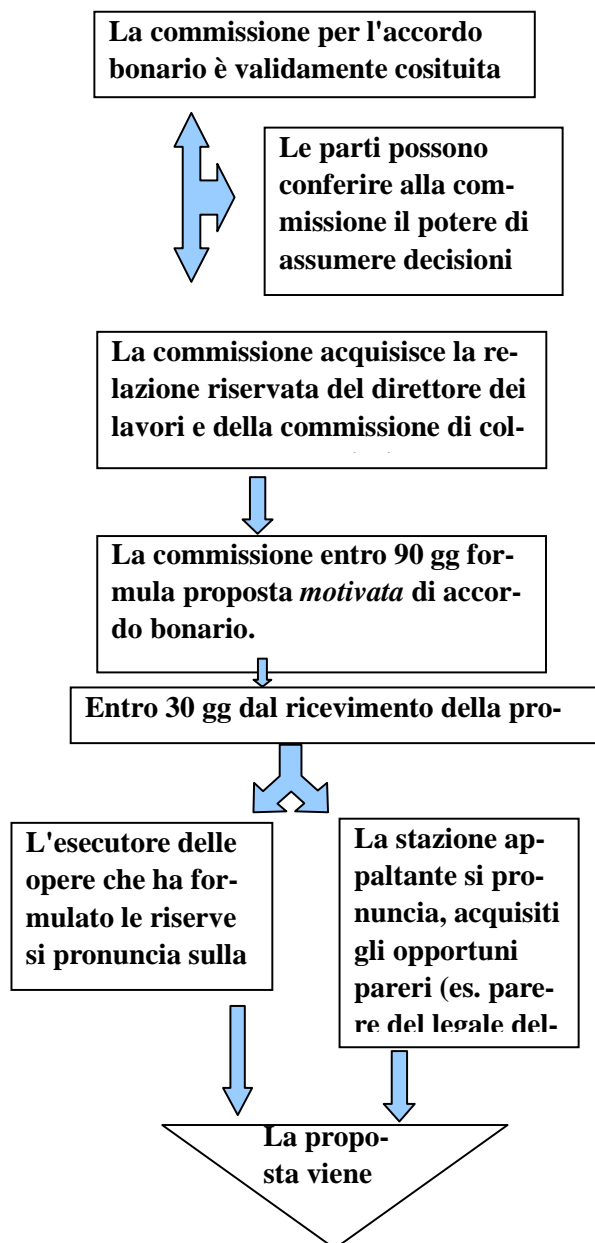
Ecco l'iter per appalti di importo inferiore a 10 mln di euro:

Nel diagramma che segue è rappresentato l'iter amministrativo per la commissione dell'accordo bonario:





Nel diagramma che segue è rappresentato l'iter per l'accordo bonario:



Il Rup, negli appalti di importo superiore a 10 mln di Euro, se decide di costituire la commissione decide di farlo entro 10 gg dalla ricezione della comunicazione del Direttore dei Lavori circa l'apposizione di riserve nei documenti contabili.

Per gli appalti di importo inferiore a 10 mln di Euro la costituzione della commissione è facoltativa in corso d'opera ed il Rup può costituirla alla ricezione del certificato di collaudo.

Tuttavia il Rup, qualunque cosa decisa, deve motivare la scelta effettuata, se non nel termine di 10 gg, nel termine generale di 30 gg del procedimento amministrativo, soprattutto nel caso in cui decida di rinviare la scelta al termine dei lavori¹.

Tale scelta può essere condivisa anche alla luce del fatto che il Rup, come previsto dal nuovo regolamento del codice dei contratti, nella relazione riservata allegata alla "relazione del responsabile del procedimento sul conto finale", può esprimere parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'art. 239 del codice o l'accordo bonario di cui all'art. 240 del codice.

¹ Si ricorda che il silenzio è sempre impugnabile ai sensi dell'art. 117 del d.lgs 107/2010.

LE SOCIETÀ STRUMENTALI POSSONO ANCHE GESTIRE SERVIZI PUBBLICI LOCALI - SOCIETÀ MISTE, INAPPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI CUI ALL'ART. 13 D.L. 223/06

dell'Avv. Gianluca Piccinni

1. Introduzione – 2. Quadro normativo – Differenze tra società mista e società strumentale – 3. Nuova interpretazione del divieto di cui all'art. 13 d.l.223/06 con la sentenza del Consiglio di Stato 77/11

1. Introduzione.

Il regime delle norme e dei principi che regolano i servizi e le attività strumentali per gli enti territoriali è stabilito dall'art. 13, d.l. 223/2006 (cd Bersani) s.m.i. che così dispone: *“1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali 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, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al d. lgs. 1/9/93, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. 2. Le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al co. 1 ... omis- sis...”*.

Inizialmente il Consiglio di Stato¹, a seguito dell'entrata in vigore del menzionato art. 13, aveva ritenuto che le società miste, costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento, non potessero più partecipare a gare di appalto indette da altre amministrazioni.

¹ Cds, V, 4080/08

Sicché, l'eventuale aggiudicazione della gara in favore di una società mista costituita da diverso comune, stante la vigenza del divieto in questione doveva ritenersi illegittima e andava dunque annullata.

A sostegno di tale tesi, il Consiglio di Stato richiamava la pronuncia dell'Ad. Plen. 1/2008, secondo cui il divieto sancito dall'art. 13 del dl Bersani rafforza la regola dell'esclusività evitando che, dopo l'affidamento del servizio pubblico, la società possa andare ad occuparsi di altro al di fuori del territorio comunale di competenza.

In altri termini, si tratta della nota differenza, diffusa in dottrina, tra concorrenza «per» il mercato e concorrenza «nel» mercato, volta cioè a tutelare l'imprenditoria privata e al contempo reprimere i sistemi monopolistici lesivi della concorrenza.

Sempre ad avviso del Consiglio di Stato, nel sistema normativo anteriore alla l. n. 166/02, si doveva ritenere che né il TUEL, né l'art. 2, co. 5 bis, l. 109/1994, nel testo introdotto dalla l. n. 415/98 (c.d. Merloni *ter*), precludessero *ex se* agli enti aggiudicatori, e, segnatamente, alle società miste costituite dagli enti locali, di operare sul mercato in veste di esecutori di lavori pubblici per conto di stazioni appaltanti terze.

2. Quadro normativo - differenza società mista e società strumentale.

Nell'attuale quadro normativo, tuttavia, l'art. 13 d. cit. - attuando l'art. 41 cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà - esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni

appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto).

La costituzione di una società a capitale misto, pubblico e privato, rientra nell'ambito del cosiddetto partenariato pubblico privato istituzionalizzato inteso come cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni.

L'apporto privato consiste nel conferimento di capitali o altri beni e nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità.

Per la costituzione della società mista, il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni.

È necessario, inoltre, che sia previsto un rinnovo della procedura di selezione *“alla scadenza del periodo di affidamento”*, evitando così che il socio divenga *“socio stabile”* della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), nel caso in cui all'esito della successiva gara egli non risulti più aggiudicatario.

L'amministrazione aggiudicatrice, qualora intenda riservarsi la facoltà di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'onori e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto in una situazione di parità al momento della formulazione dell'offerta.

Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'onori impone il ricorso a una nuova proce-

dura di gara ².

Interessante sul punto segnalare il parere dell'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici³ che ha voluto in un certo modo *“temperare”* la rigida interpretazione del Consiglio di Stato, affermando che se l'art. 13 del d.l. 223/06 venisse interpretato in modo da ritenere che il solo fatto della partecipazione al capitale sociale da parte di un ente regionale o locale sia sufficiente per l'applicazione del divieto sancito dalla medesima disposizione, verrebbe limitata eccessivamente la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, imponendo pesanti restrizioni a società che non godono di una situazione di privilegio e che operano in condizione di parità con gli altri soggetti del mercato, perché sottoposte al rischio di impresa.

Un tale risultato - oltre che irragionevole - si pone in insanabile contrasto con il principio di neutralità di cui all'art. 259 del Tr.CE e con il principio di libertà di iniziativa economica garantito dall'art. 41 cost., nonché con la autorevole lettura che del citato art. 13 è stata data dalla C. cost.⁴, nel senso che la norma in questione non nega né limita la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma impone loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative.

Inoltre, l'Autorità di Vigilanza, ha ribadito il principio secondo il quale ove il capitale sociale di una società concorrente in una procedura di gara sia interamente posseduto da un'altra società, rientrante nel disposto dell'art. 13, co. 1, del d.l. 223/06, ciò determina l'applicabilità anche alla controllata dei divieti previsti in capo alla controllante, non essendo consentito di eludere sostanzialmente la previsione normativa attraverso lo schermo di una società di secondo grado.

Ma la questione più dibattuta riguarda l'ambito di applicabilità del divieto di cui all'art. 13, a seguito dell'introduzione del divieto a partecipare alle gare posto dall'art. 23 bis, co. 9, l.133/08.

Ricordiamo che con quest'ultima disposizione il divieto di partecipazione opera nei

² CdS, ad. plen. 1/2008.

³ Avcp, precont. 25.2.2010, n.42

⁴ C. cost., 30.7.2008, n.326

confronti dei soggetti, titolari di affidamenti “diretti” di servizi pubblici locali e delle società possedute o controllate da società quotate nei mercati regolamentati.

In realtà, i divieti sanciti dalle due menzionate disposizioni operano su due piani completamente distinti tra loro in quanto, mentre l’ambito di applicazione di divieto di cui all’art. 13 d.l. cit. riguarda il mercato dei c.d. servizi strumentali, e il divieto a partecipare a gare extraterritoriali o *extra moenia* si applica anche alle società indirettamente o mediamente possedute o controllate da società a capitale interamente pubblico o misto, il divieto di cui all’art. 23 *bis* cit. attiene viceversa esclusivamente ai servizi pubblici locali.

In altri termini, le società miste aventi ad oggetto servizi strumentali non possono essere affidatarie dirette di servizi, a meno che la specifica procedura ad evidenza pubblica non riguardi, oltre la scelta del socio, anche l’individuazione dello specifico servizio da svolgere in partenariato e le modalità di collaborazione.

La gara, inoltre, deve stabilire anche la scadenza del periodo di affidamento e le modalità di uscita del socio.

Alla scadenza di tale termine, per evitare che il socio divenga stabile, occorre una nuova gara per affidare gli appalti ulteriori e successivi alla società mista già costituita.

Sono soggette alle prescrizioni di cui all’art. 13, co. 1, del d.l. n. 223/2006 anche le società nelle quali la partecipazione dell’ente locale alla società sia meramente indiretta, al fine di evitare che l’applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette, rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate⁵

Al fine di definire se una società indirettamente partecipata da Enti Locali possa essere ammessa alla procedura per l’affidamento di un servizio *extra moenia*, la stazione appaltante deve innanzitutto accertare se il servizio in questione rientri nella fattispecie di cui all’articolo 13, co. 1, del d.l. n. 223/2006, e dunque che non si tratti di un servizio pubbli-

co locale; successivamente individuare la sussistenza del presupposto soggettivo indicato dalla norma, ovvero che si tratti di società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalla amministrazioni pubbliche regionali e locali; infine, accertare che sussista il presupposto oggettivo indicato dalla disposizione in commento, consistente nella produzione di beni e servizi strumentali all’attività degli Enti partecipanti, in funzione della loro attività, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza.

Il vincolo posto dall’articolo 13 d.l. cit. si applica, oltre che nei confronti delle società direttamente partecipate, anche a quelle nelle quali gli enti locali hanno una partecipazione indiretta (c.d. società di terzo grado), al fine di evitare che i vincoli siano facilmente aggirati mediante sistemi di partecipazioni azionarie mediate e si pongano in essere meccanismi potenzialmente contrastanti con la par condicio dei concorrenti.

3. Nuova interpretazione del divieto di cui all’art. 13 d.l. 223/06 con la sentenza del Consiglio di Stato 77/11.

A dare una più puntuale, e meno restrittiva, interpretazione al divieto di partecipazione alle gare di appalto sancito dall’art. 13 l. cit., è intervenuta la recentissima decisione del Consiglio di Stato⁶, in materia di gara di appalto avente ad oggetto l’affidamento del servizio di verifica della conformità legale degli impianti termici siti nel territorio dello stesso comune.

Con detta sentenza, il Consiglio di Stato ha stabilito il principio che anche una società, partecipata da amministrazioni locali per la produzione di beni e servizi strumentali alle finalità istituzionali dell’ente di riferimento, possa divenire legittimamente affidataria di un servizio pubblico locale, purchè il suo statuto consenta di gestire non solamente attività e servizi strumentali, ma anche servizi pubblici locali.

In tal caso, trova, pertanto, applicazione il divieto di cui all’art. 13 co. 1 del d.l. n.

⁵ C. cost., 1.8.2008, 326.

⁶ Cds., V, 11.1.2011, n. 77.

223/06.

In particolare, il Consiglio di Stato ha inteso chiarire che il divieto di partecipazione a gare d'appalto, previsto dall'art. 13, co. 1 e 2 del d.l. 223/06, è relativo esclusivamente alle società c.d. "strumentali", e non si applica alle c.d. "società miste", ovvero a quelle società che, come nel caso di specie, non presentano, quale oggetto sociale esclusivo, lo svolgimento dei servizi pubblici locali.

Ad avviso dei Giudici, infatti, le due tipologie societarie - "società strumentali" e "società miste" - presentano differenti caratteristiche giuridiche e diverso modello organizzativo, anche con riguardo alla finalità della speciale disciplina limitativa di cui al citato art. 13, volta ad evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori.

In tale linea di ragionamento, dunque, deve ritenersi che *«mentre i divieti e gli obblighi imposti dal 1° e 2° co. del predetto art. 13 trovano una ben ragionevole giustificazione per le società c.d. strumentali, non altrettanto ragionevole né fondata 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»*.

La differenza tra le due tipologie di società (società "strumentali" da un lato e società

"miste" dall'altro) trova la sua *ratio* nella presenza o meno di effetti distorsivi sul mercato e sulla concorrenza in seguito alla loro partecipazione a "gare pubbliche".

Ed infatti, mentre le "società "strumentali" costituiscono una "longa manus" delle amministrazioni, tant'è che l'affidamento delle attività "strumentali" avviene in via diretta (ovvero secondo il c.d. "in house providing") senza una preventiva gara pubblica, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano"⁷, nel caso delle "società miste" per la gestione di servizi pubblici locali, si tratta di un "soggetto imprenditoriale di diritto privato, operante sul mercato in regime di concorrenza".

L'attività delle società strumentali con oggetto sociale esclusivo è stata notevolmente limitata per effetto del citato art. 13 del d.l. n. 223/06 con la previsione di nullità dei contratti stipulati in violazione di tale divieto.

L'obiettivo della disposizione è chiaramente quello di rendere obbligatoria l'esclusività del rapporto fra l'ente locale e la società, impedendo che essa possa giovare della posizione di vantaggio goduta sugli altri operatori economici per porre in essere condotte contrarie ai principi della concorrenza.

In sintesi, se la costituzione della società mista è avvenuta per la gestione dei servizi pubblici locali, in tal caso non troveranno applicazione né i divieti di cui al co. 9, dell'art. 23 bis l. n. 133/08, né i divieti dell'art. 13 d.l. 223/06, quindi tali società possono svolgere attività o servizi ulteriori, sia pubblici locali che strumentali, anche partecipando alle gare.

⁷ Cds, V, 7.7.2009, 4346

L'INTEGRAZIONE DOCUMENTALE IN SEDE DI GARA

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Parere n. 25 del 9.2.2011 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Con il parere in epigrafe l'Autorità è di nuovo tornata sul tema dell'integrazione documentale in sede di gara (cfr. art. 46 del codice dei contratti).

Era accaduto che un'amministrazione comunale aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento di lavori alla quale partecipavano solo due imprese e che, in sede di gara, la Commissione aveva provveduto a richiedere ad entrambe le imprese concorrenti di integrare la documentazione.

Infatti un'impresa aveva prodotto il certificato della camera di commercio di data anteriore oltre i sei mesi; l'altra impresa non aveva allegato il modello GAP che, come noto, è il modello istituito dalla l. 12.10.1982, n. 726 al fine di consentire all'Alto Commissario per il Coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa di avere immediato accesso a notizie di carattere organizzativo, finanziario e tecnico delle imprese partecipanti a gare pubbliche.

Dopo l'integrazione documentale, è stata chiesta l'esclusione dell'impresa che non aveva originariamente prodotto il modello GAP, sostenendo che tale documento era previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

La stazione appaltante ha quindi deciso di sospendere la gara e di chiedere all'Autorità il relativo parere.

La questione affrontata dall'Autorità riguarda, quindi, la possibilità di procedere ad integrazione documentale ovvero all'esclusione dell'impresa interessata in caso di mancata produzione di modello GAP.

L'Autorità, dopo aver rilevato che il disciplinare di gara evidenziava come fosse richiesto, a pena di esclusione, che la documentazione a corredo dell'offerta dovesse contenere il citato modello, ha riaffermato che, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'amministrazione è tenuta a dare

precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata al momento del bando.

Tale principio assume ancor più rilevanza laddove, come nel caso esaminato, la clausola sia chiaramente evidenziata nell'ambito della *lex specialis*, essendo riportata in neretto come obbligatoria ed a pena di esclusione, nonché formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di produrre il modello in questione.

L'Autorità ha anche ribadito che non può trovare applicazione l'ulteriore principio, che viene ad integrare nel sistema degli appalti quello sopra evidenziato, a tenore del quale le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. parere AVCP 23.4.2008, n.126 e CdS, V. n. 5676/2003).

Ne consegue che l'integrazione documentale è in astratto invocabile unicamente in mancanza della comminatoria di esclusione, pena, altrimenti opinando, l'evidente contrasto con il principio del rispetto della *par condicio* fra concorrenti.

Infatti, la richiesta di regolarizzazione o integrazione documentale, ove applicata, si risolverebbe in una palese violazione della *par condicio* nei confronti di quelle imprese concorrenti, che abbiano, invece, puntualmente

rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* di gara.

Tale richiesta, inoltre, è possibile in caso di equivocità della clausola del bando, mentre

in presenza di una prescrizione chiara un eventuale invito da parte della stazione appaltante alla regolarizzazione dei documenti, costituirebbe violazione del predetto principio.

«.....GA.....»

GIURISPRUDENZA

- CONTRATTI PUBBLICI -

del Dott. Francesco Mambrini

Consiglio di Stato, Sez. IV, 22.3.2011, n. 1759
Bando - lettera d'invito - clausola non riproposta in lettera d'invito - certificato richiesto da una clausola del bando a pena di esclusione.

È illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di forniture in favore di una ditta che, in contrasto con quanto chiaramente richiesto, a pena di esclusione, da una clausola del bando, ha ommesso di produrre il certificato di omologazione del bene da fornire, a nulla rilevando che la suddetta clausola non fosse stata espressamente richiamata nella successiva lettera di invito.

Con la presente giurisprudenza il Consiglio di Stato rileva come la *lex specialis* debba essere ricavata da una lettura congiunta tanto del bando che della lettera di invito, i quali sono dunque da considerarsi equiordinati. A maggior ragione quando non sia ravvisabile un contrasto tra i due documenti suddetti ma solo una mancanza di richiamo nel secondo di una clausola chiara e inequivoca contenuta nel primo, come nel caso di specie, non può configurarsi nella legge di gara alcuna incertezza o ambiguità.

Consiglio di Stato, Sez. V, 15.3.2011, n. 1586
Gara - esclusione - difetto dei requisiti di moralità professionale - legittimità - ragioni.

È legittima l'esclusione da una gara, per l'affidamento di un appalto di lavori, di una associazione temporanea di imprese, motivata dal difetto del possesso del requisito di moralità professionale, nel caso in cui il legale rappresentante della capogruppo e mandataria sia stato condannato per un reato che presentava le caratteristiche proprie sia della gravità sia della rilevanza in ordine alla medesima tipologia di appalto alla quale l'impresa partecipava. Osserva infatti la sentenza che, il reato per il quale il legale rappresentante della capogruppo e mandataria era stato condannato (traffico ille-

cito di rifiuti), risulti sicuramente idoneo ad incidere sul requisito di moralità professionale, in ordine allo specifico appalto (lavori e messa in sicurezza di una discarica). Non è stata riconosciuta alcuna rilevanza né al fatto che l'autore si fosse trovato in buona fede in un sistema che aveva determinato quel reato, né alla circostanza che la condanna fosse soltanto pecuniaria, a seguito di patteggiamento della condanna *ex art. 444 c.p.p.*

Il solo fatto quindi che un reato, riguardante proprio la medesima attività che si chiedeva di porre in essere, fosse stato commesso, ha legittimato la scelta dell'amministrazione di escludere l'associazione temporanea di imprese.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.3.2011, n. 1464

Offerte - valutazioni di carattere tecnico.

Sindacabilità - limiti.

La valutazione comparativa delle offerte tecniche, presentate nelle gare di appalto, quando caratterizzata dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge al sindacato intrinseco del giudice, tranne nel caso in cui vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi utilizzati o circa l'applicazione dei medesimi nel caso di specie.

Viene nella presente riconosciuto che le valutazioni delle Commissioni di gara, in ordine all'idoneità o meno, dal punto di vista tecnico, delle offerte dei vari partecipanti, costituiscano espressione di un potere tecnico-discrezionale di tipo complesso. In riferimento alle medesime perciò non possono essere contrapposte valutazioni di parte circa la sussistenza o meno delle qualità prescritte, trattandosi di questioni di merito, caratterizzate dall'esercizio di una particolare discrezionalità tecnica, non sindacabile in sede giudiziale, se non sotto il profilo della plausibilità o meno dei criteri utilizzati.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.3.2011, n. 1446

Gara - requisiti di partecipazione - persistenza in ogni momento della gara - esclusione nel corso della procedura.

I requisiti di partecipazione alle gare di appalto devono essere posseduti dalle imprese partecipanti in ogni momento della gara.

Viene inoltre posto a carico delle imprese interessate dei cambiamenti di “status” l’onere di comunicare i medesimi alla amministrazione appaltante. Tale onere inoltre non si considera venir meno nel caso in cui il cambio di “status” configuri un impedimento all’aggiudicazione e alla successiva stipula del contratto d’appalto, tale da portare ad una automatica esclusione dell’impresa dalla gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, 4.3.2011, n. 1380

Bando - lettera d’invito - appalti forniture - criteri di valutazione dell’offerta - illegittimità - art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006.

È illegittimo il criterio di valutazione dell’offerta tecnica, previsto dalla lex specialis di una gara di appalto per forniture, che preveda l’attribuzione di un rilevante punteggio a caratteristiche dello strumento e/o prodotto da fornire che si identifichino nell’utilizzo di brevetti industriali nella titolarità della ditta aggiudicataria, senza riferimento al principio di equivalenza.

È stato riconosciuto che un criterio simile contrasta con il principio generale della non discriminazione nelle gare, nonché con il principio di cui all’art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006, secondo il quale le specifiche tecniche non possono menzionare un procedimento determinato, né fare riferimento ad un tipo, un’origine o ad una produzione specifica, che avrebbe quale effetto il favorire o l’eliminare determinate imprese o determinati prodotti. L’indicazione infatti deve essere effettuata sempre in relazione ad elementi significativi per distinguere l’oggetto. Qualora tuttavia il riferimento sia indispensabile per individuare l’oggetto dell’appalto è legittima la descrizione accompagnata dall’espressione “o equivalente”.

Consiglio di Stato, Sez. III, 3.3.2011, n. 1368

Gara - verbali - cautele - garantire segretezza offerte - mancanza - illegittimità - succes-

sive dichiarazioni.

Ai fini della tutela della segretezza e per assicurare la trasparenza delle operazioni concorsuali, occorre che la Commissione di gara predisponga particolari cautele per la conservazione delle buste, contenenti le offerte, e che, di dette cautele, si faccia espressa menzione nel verbale di gara.

Nella presente occasione il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la verbalizzazione delle modalità di conservazione delle buste, contenenti le offerte di gara, non possa essere surrogata da dichiarazioni postume del Presidente della Commissione di gara, circa lo stato di conservazione dei plichi. Un simile onere, essendosi nel caso di specie riscontrato che dai verbali di gara stessi si evinceva l’omissione di una qualsivoglia cautela per la custodia, tanto più che le operazioni si erano protratte per lungo tempo, viene desunto dal principio in base al quale l’amministrazione debba assicurare in astratto e preventivamente la tutela giuridica degli interessi pubblici, quali, appunto, anche il corretto svolgimento delle gare pubbliche.

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.2.2011, n. 1184

Gara - risarcimento del danno - illegittima mancata aggiudicazione di un contratto di appalto - interpretazione di norme.

Non può essere accolta la domanda di risarcimento dei danni, derivanti da mancata aggiudicazione di una gara di appalto, nel caso in cui l’illegittima aggiudicazione sia frutto di una interpretazione di norme non particolarmente perspicue.

La sentenza riconosce che, in un caso di specie, mancando l’elemento c.d. psicologico, da intendere quale comportamento caratterizzato da estrema leggerezza o da ignoranza di norme, non sussista alcuna forma di responsabilità dell’amministrazione.

Argomentando diversamente infatti si riconoscerebbe la presenza di una responsabilità oggettiva, estranea all’ordinamento italiano, salvo casi particolarissimi.

Consiglio di Stato, Sez. V, 22.2.2011, n. 1098

Aggiudicazione - massimo ribasso - variante esecuzione opera - illegittimità.

È illegittima l’aggiudicazione di una gara per l’affidamento di un appalto di lavori, secondo il

critério del massimo ribasso, in favore di un'offerta che prevede una variante nell'esecuzione dell'opera, quando tale possibilità non sia prevista dal bando.

Nelle gare al massimo ribasso, l'amministrazione procedente stabilisce puntualmente le modalità di esecuzione dell'opera, in base alle quali gli offerenti si limitano ad indicare un ribasso sulla base d'asta, nel rispetto della progettazione definita. È perciò irrilevante, in mancanza oltretutto di una specifica norma del bando, che la variante proposta influisca o meno sull'entità del ribasso offerto, in quanto ciò rappresenta un fatto puramente conseguente ad una violazione della presentazione dell'offerta. In una situazione simile dunque non può che procedersi all'esclusione dell'offerente dalla gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, 22.2.2011, n. 1094
Gara - verbalizzazione - lacune - irregolarità - irrilevanza - invalidità - elemento essenziale - durata sedute - omessa indicazione delle modalità di conservazione dei plichi.

Nelle procedure concorsuali le eventuali lacune dei verbali possono causare invalidità degli stessi solo nei casi in cui queste riguardino aspetti dell'azione amministrativa la cui conoscenza risulti necessaria per poterne valutare la correttezza.

Si riconosce che possano comportare l'invalidità dei verbali solo le omissioni la cui conoscenza possa risultare utile per vagliare la correttezza dell'azione amministrativa. Si deve invece ritenere che, nei casi in cui le omissioni riguardino aspetti diversi e non determinanti, si sia in presenza di una mera irregolarità formale, che non comporta di per sé l'illegittimità dell'atto. Nel caso di specie si è ritenuto che l'indicazione della durata delle operazioni di verbalizzazione può essere elemento essenziale solo qualora non sia altrimenti desumibile che la valutazione sia stata attenta e ponderata. La mancata indicazione nel dettaglio delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte, negli intervalli di tempo fra le varie sedute di gara, non è stato invece ritenuto elemento essenziale, dovendosi piuttosto avere riguardo che, in concreto, non vi sia stata alterazione della documentazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 22.2.2011, n. 1090
Procedura negoziata previa pubblicazione del bando - art. 56, co. 1, lett. a), d. lgs. n. 163 del 2006 - precedente procedura di gara infruttuosa.

Nel caso di indizione di procedura negoziata, previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'articolo 56, co. 1, lett. a), del d. lgs. 12.4.2006, n. 163, non può disporsi l'esclusione dalla procedura negoziata di un'impresa, per il solo fatto che essa aveva violato le disposizioni del bando emanato per la precedente gara.

Pur presupponendosi, in una situazione di specie, l'esistenza di un evidente collegamento tra la procedura aperta o ristretta o il dialogo competitivo, infruttuosi, e la successiva procedura negoziata, le due procedure restano assolutamente autonome e distinte fra loro, come si desume anche dal fatto che esse sono disciplinate da due bandi separati. Non può perciò desumersi alcun vincolo, discendente dalle previsioni e dai requisiti di partecipazione contenuti nel bando della prima gara dall'esito infruttuoso e quello della procedura negoziata. Un legame tra le due gare esiste infatti nel solo divieto di modifica in modo sostanziale delle condizioni iniziali del contratto, con l'evidente fine di garantire parità di trattamento tra gli operatori economici ammessi alla nuova gara rispetto a quelli che hanno partecipato alla prima procedura.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14.2.2011, n. 942
Gara pubblica - diritto accesso - atto amministrativo - soggetto che ha partecipato alla gara - non più o ancora proponibile azione in giudizio.

È illegittimo il provvedimento con il quale venga negato il rilascio di copia di atti relativi ad una gara di appalto, richiesto da una ditta che aveva partecipato alla medesima, con il motivo che la ditta in questione aveva proposto un giudizio nel frattempo dichiarato improcedibile.

Viene rilevato nella sentenza come l'introduzione dell'azione a tutela dell'accesso sia funzionale ad assicurare la trasparenza della pubblica amministrazione, indipendentemente dalla concreta lesione di un diritto o di un interesse legittimo. Tale posizione quindi assurda ad autentico diritto, meritevole di autonoma tutela. Anche il giudice che sia perciò chiamato a de-

cidere su tale domanda deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibilità o meno di utilizzare l'atto richiesto in un giudizio.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.2.2011, n. 843

Contratti della PA - Finanza a progetto - proposta del promotore - procedimento. Discrezionalità.

Interesse pubblico.

Nelle procedure di project financing occorre tenere distinte la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva, in quanto solo la seconda presenta i caratteri della gara soggetta ai principi comunitari e nazionali di evidenza pubblica.

Viene nella presente sentenza articolata una distinzione sostanziale tra le due fasi che caratterizzano l'istituto della finanza a progetto. La fase dell'individuazione del promotore deve essere caratterizzata dalla collaborazione, in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico, tra promotore e amministrazione. Tale fase è connotata infatti da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non alla scelta della migliore delle offerte in base a criteri tecnici ed economici pre-ordinati, ma alla sola valutazione dell'interesse pubblico, da attuarsi con un programma non ancora definito nei suoi contenuti progettuali. La successiva fase selettiva invece è specificatamente finalizzata all'affidamento della concessione e perciò deve presentare tutti i caratteri della gara soggetta ai principi comunitari e nazionali di evidenza pubblica.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.2.2011, n. 780

Gara - responsabilità della PA - revoca di gara indetta in violazione di norme imperative - non dà diritto a risarcimento.

Non può essere accolta una domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale della PA, quando il contratto non sia stato stipulato perché una delle parti ha rilevato che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative.

Nei casi in cui una amministrazione pubblica che, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, abbia posto in essere trattative per divenire alla stipula di un contratto, riscontri, anche *in extremis*, che la stipula comporterebbe

la violazione di norme imperative può recedere dalle trattative senza incorrere in alcuna forma di responsabilità. Non ricorre infatti, in tal caso, un ragionevole affidamento, giuridicamente tutelato, alla relativa stipula.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 28.1.2011, n. 673

Contratti della PA - gara - divieto di partecipazione di imprese fra loro collegate - art. 34, co. 2, del d. lgs. n. 163 del 2006 - carattere strutturale delle compagini societarie - legame parentale tra imprese.

Ai fini di ritenere sussistente una situazione di collegamento tra imprese, partecipanti alla medesima gara di appalto, può farsi riferimento a valutazioni di carattere strutturale delle compagini societarie, nonché alla sussistenza di un legame di parentela tra imprese, benché si debba sempre poi verificare se tali elementi abbiano portato ad un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara.

La stazione appaltante, nel procedere all'esclusione dalla gara di alcune imprese per violazione dell'art. 34, co. 2 del d. lgs. n. 163/2006, può far riferimento a valutazioni di carattere strutturale delle compagini societarie o all'eventuale sussistenza di legami di parentela tra imprese. Resta comunque il fatto che l'elemento della concentrazione di potere decisionale in capo ad un gruppo o ad un centro di interesse sostanzialmente unitario debba essere sempre verificato. Nel caso dei legami coniugali e familiari è tuttavia confermato, anche nella presente giurisprudenza, il fatto che sia sufficiente che questi si sostanzino in oggettiva partecipazione societaria perché risulti evidenziato un centro di interesse sostanzialmente unitario.

Consiglio di Stato, Sez. V, 25.1.2011, n. 517

Contratti della PA - gara - esclusione - Art. 38, co. 1, lett. 4, del d. lgs. n. 163/2006 - false dichiarazioni secondo i dati del casellario informatico - non sussistenza di potere di apprezzamento.

Ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. h, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, l'iscrizione nel casellario informatico ha valenza costitutiva e vincola la stazione appaltante a far luogo all'esclusione dell'impresa a carico della quale è stata iscritta l'annotazione.

La disposizione che prevede l'esclusione dalla

gara di appalto per coloro “che nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultante dai dati in possesso dell’Osservatorio” (art. 38, co. 1, lett. h, del d. lgs. n. 163/2006) deve essere interpretata nel senso che gli effetti interdittivi decorrono dall’iscrizione nel casellario informatico. La norma deve ritenersi inoltre che faccia riferimento al dato meramente oggettivo dell’inserimento nel casellario, con l’effetto che la stazione appaltante non può svolgere alcun apprezzamento discrezionale ma è vincolata a far luogo all’esclusione dell’impresa a carico della quale è stata iscritta l’annotazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, 25.1.2011, n. 513

Contratti della PA - gara - esclusione - progetto con timbro ma senza firma - difetto di espressa previsione nel bando.

La presenza del solo timbro, ma non della firma, in un progetto allegato all’offerta, non può costituire di per sé motivo di esclusione dalla gara.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha ritenuto che non potesse condurre né all’esclusione dalla gara, né alla mancata valutazione di quella parte dell’offerta, la presenza del solo timbro ma non della firma su un allegato della mede-

sima. Una simile conseguenza non poteva legittimamente verificarsi se non in presenza di apposita disposizione del bando, costituendo invece di per sé non più che motivo di integrazione.

Consiglio di Stato, 21.1.2011, n. 426

Gara - bando - capacità finanziaria ed economica - dimostrazione - bilanci in attivo regolarmente approvati.

È legittima la clausola della lex specialis di una gara di appalto che richieda ai partecipanti di produrre i bilanci in attivo e regolarmente approvati, con riguardo al triennio precedente, ai fini della dimostrazione del requisito della capacità finanziaria ed economica.

Il Consiglio di Stato non ha rilevato il contrasto di una simile clausola con l’art. 41 del d. lgs. n. 163 del 2006, che disciplina le modalità attraverso le quali le stazioni appaltanti possono richiedere la dimostrazione della idonea capacità economica e finanziaria delle imprese partecipanti ad una gara pubblica.

Nello specifico si è ritenuto che la suddetta norma non fornisca alcuna indicazione in ordine all’ambito temporale di riferimento delle scritture contabili, ritenendosi anzi logicamente spiegabile l’esigenza di assicurare l’acquisizione di bilanci regolamenti approvati e depositati alla stregua della disciplina civilistica.

«.....GA.....»

- SERVIZI PUBBLICI LOCALI -

dell'Avv. Federico Mazzella

C. giust. CE, Sez. III, 17.3.2011, n. C-95/09

Dir. 2004/18/CE - applicabilità.

La distinzione tra gli appalti di servizi in funzione della classificazione di questi ultimi in due categorie separate non è stata introdotta ex novo con la dir. 2004/18, ma esisteva già nel vigore della dir. del Consiglio 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, che la direttiva 2004/18 ha codificato e riformulato.

Il legislatore dell'Unione ha preso le mosse dalla presunzione che gli appalti relativi ai servizi ricompresi nell'all. I B della dir. 92/50 non presentano, a priori, data la loro natura specifica, un interesse transfrontaliero tale da giustificare che la loro aggiudicazione avvenga in esito ad una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto. Tuttavia, la Corte ha affermato che anche siffatti appalti, nel caso in cui presentino un interesse transfrontaliero certo, sono assoggettati ai principi generali di trasparenza e di parità di trattamento che derivano dagli artt. 49 TFUE e 56 TFUE.

Dalla dir. del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non discende l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare l'art. 47, n. 2, di detta direttiva anche agli appalti aventi ad oggetto i servizi menzionati all'all. II B della direttiva medesima. Tuttavia, tale direttiva non impedisce che gli Stati membri e, eventualmente, le amministrazioni aggiudicatrici prevedano tale applicazione, rispettivamente, nella loro normativa e nei documenti relativi all'appalto.

C. giust. CE, Sez. III, 10.3.2011, n. C-247/09

Appalto e concessione di servizi - distinzione.

La differenza tra un appalto pubblico di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della prestazione di servizi: l'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza

peraltro essere l'unico, è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi; mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo.

Consiglio di Stato, Sez. V, 24.3.2011, n. 1784

Illuminazione aree cimiteriali - servizio pubblico locale a rilevanza economica.

E' del tutto pacifico in giurisprudenza che l'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato rappresenti oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (CdS, Sez. V, 11.8.2010, n. 5620; Sez. V, 5.12.2008, n. 6049).

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.3.2011, n. 1447

Affidamento in house - controllo analogo congiunto da parte di più enti affidanti.

Secondo l'orientamento consolidato di questo Consiglio, da cui non v'è motivo di discostarsi, nel caso di affidamento in house, conseguente all'istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo. Il requisito del controllo analogo deve essere quindi verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni sin-

golo ente (CdS, sez. V, 24.9.2010, n. 7092; 26.8.2009, n. 5082; 9.3.2009, n. 1365).

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.2.2011, n. 854

Enti locali - servizi pubblici locali - gestione - valutazione - in house - regola che sussiste in generale - ragioni.

In materia di servizi pubblici locali, a prescindere da specifiche norme statutarie, la scelta della forma di gestione per ciascun servizio deve essere effettuata previa valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione previste dalle disposizioni in materia.

La disposizione di uno statuto di un ente locale, che imponga di valutare la convenienza di ricorrere al mercato per l'affidamento di un servizio di rilevanza economica, non può essere interpretata nel senso che l'obbligo di comparazione sussista solo riguardo a forme di gestione non "in house". In linea con il principio di buona amministrazione infatti, che impone la scelta più consona per gli interesse dell'amministrazione, si deve considerare principio generale, a prescindere da apposite norme statutarie, che la scelta della forma di gestione per ciascun servizio debba essere valutata previa valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione previste dalla disciplina in materia.

Consiglio di Stato, Sez. V, 8.2.2011, n. 854

Affidamento in house - motivazione - valutazione comparativa.

Se è vero che la scelta di non trasferire ad un soggetto terzo la funzione amministrativa atta a soddisfare la domanda relativa ad un pubblico servizio costituisce per la PA una facoltà legittima (come previsto dal Trattato CE), ciò non esclude che comunque la decisione di ricorrere ad una società "in house" invece che ad un soggetto terzo debba essere effettuata previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti.

Posto che l'art. 113, co. 5, del d. lgs. 267/2000, prevede che la gestione dei servizi pubblici locali avvenga secondo una delle alternative modalità ivi contemplate, tra cui quella che si sostanzia nel conferire il servizio a società a capitale interamente pubblico, e che il ricorso all'affidamento diretto è sempre consentito, alla sola condizione che sussistano i requisiti indicati nella lett. c) di detto quinto comma, può

convenirsi che non sia necessaria un'apposita ed approfondita motivazione di tale scelta, ma solo dopo che sia stata dimostrata non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'auto-produzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della PA.

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.1.2011, n. 581

Servizio distribuzione gas naturale - oneri del gestore uscente - accollo del comune.

L'art. 14, co. 7, del d. lgs. 23.5.2000 n. 164 sancisce che "gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio". La norma pone, dunque, come principio che le gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas siano avviate con anticipo rispetto alla scadenza delle concessioni in essere.

Questo Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato che la scelta del comune di accollarsi il pagamento degli oneri spettanti al gestore uscente, "non ostacolata dal dato normativo, è giustificata sia dalla ricaduta positiva sul margine di profitto dei concorrenti che favorisce la più ampia partecipandone, sia, soprattutto, dalla cogente esigenza di attivare tempestivamente le procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei nuovi aggiudicatari, procedure altrimenti paralizzate, con chiara violazione del disposto normativo al riguardo, dal contenzioso insorto con i gestori uscenti e dalla conseguente impossibilità di accollare ai vincitori delle gare, un onere economico non definito" (CdS, V, 26.1.2009, n. 370; id. V, 31.12.2008, n. 6771; id., V, 31.12.2008, n. 6752; id. V, 31.12.2008, n. 6745).

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.1.2011, n. 552

Servizi comunali - affidamento all'esterno - obbligo di legge - non sussiste.

La gestione diretta (sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario, come nella specie: poche migliaia di euro all'anno) va tenuta distinta dall'affidamento diretto, po-

stulante la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del comune interessato, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica.

Nessuna norma obbliga i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani ed handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-bus, biblioteche, impianti sportivi: tutti servizi che, notoriamente, gran parte dei comuni italiani gestiscono direttamente, senza appaltarli a privati), ove preferiscano amministrarli in via diretta e magari in economia.

C. Conti, Sez. Reg. controllo Lombardia, 3.2.2011, n. 70

Farmacie comunali - applicazione art. 23-bis d.l. 112/2008 - esclusione.

Il d.l. 135/2009, nel testo emerso dalla conversione in l. 166/2009, ha escluso le farmacie comunali dall'applicazione della disciplina in materia di servizi a rilevanza economica ex art. 23-bis del del d.l. 112/2008 (conv. in l. 133/2008), prevedendo la riconduzione della gestione delle farmacie municipalizzate alle forme previste dall'art. 9 l. 475/1968, come sostituito dall'art. 10 l. 362/1991 (legge di riordino del servizio farmaceutico).

Nell'attuale quadro normativo, quindi, non è possibile condurre una farmacia municipale in regime concessorio a terzi, sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica, mantenendo la gestione diretta da parte dell'ente, coerentemente con la finalità di servizio pubblico attribuita ad attività di rilevanza economica. Qualora, poi, si ritenga conveniente, sotto il profilo dell'economicità, efficacia ed efficienza del servizio farmaceutico, ricorrere allo strumento societario, tale opzione, da motivare adeguatamente, è ammessa da disposizioni normative di carattere speciale (art. 9 l. 475/1968) che non risultano superate ma vanno comunque coordinate con le norme restrittive in tema di partecipazioni societarie recate dagli artt. 3, co. 27, l. 244/2007 e 14, co. 32, d.l. 78/2010, conv. in l. 122/2010.

TAR Toscana, sez. I, 1.3.2011, n. 377

Servizio di gestione, riscossione, accertamen-

to e recupero entrate comunali - affidamento in house - ammissibilità.

L'amministrazione pubblica può legittimamente revocare il procedimento di gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico del servizio di gestione, riscossione, accertamento e recupero delle entrate comunali, ove, a seguito di uno studio di fattibilità, accerti la maggiore convenienza dell'affidamento «in house» del medesimo servizio ad una società a capitale pubblico (CdS, V, 30.11.2007, n. 6137).

Trattandosi di attività strumentale che esula dall'ambito di applicazione dell'art. 23 bis d.l. 112/2008, e che è invece disciplinata dall'art. 52 l. 446/1997 e dall'art. 13 d.lgs. 223/2006, deve quindi concludersi per la teorica ammissibilità dell'istituto dell'in house.

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 24.2.2011, n. 334 Affidamento temporaneo servizio - ordinanza sindacale contingibile ed urgente - legittimità.

E' legittima l'ordinanza contingibile ed urgente con cui un sindaco ha disposto l'affidamento temporaneo del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, a causa dell'intervenuta revoca dell'affidamento alla precedente affidataria del servizio; in quanto, nel caso di affidamento transitorio di un servizio mediante ordinanza contingibile ed urgente non si applica l'art. 23-bis del d.l. 112/2008.

TAR Lombardia, Mi, Sez. I, 11.2.2011, n. 450 Illuminazione votiva cimiteriale - servizio pubblico.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità che ascrive l'attività di illuminazione votiva nella categoria delle concessioni di pubblico servizio (Cass. S.U. 31.1.2008, n. 2273; id. 17.9.1998, n. 9261), sul quale concorda anche la giurisprudenza amministrativa (CdS, V, 29.3.2010, n. 1790; sez. V 5.12.2008, n. 6049; TAR Lombardia, Mi, I, 29.7.2009, n. 4502; TAR Campania, Sa, I, 23.12.2008, n. 4362), non esclude l'esistenza, in generale e nel caso di specie, di una componente di lavori (affidente, nella vicenda in esame, agli impianti e alla loro continua manutenzione ed ampliamento, nonché agli ulteriori impianti), la cui incidenza va però valutata secondo il principio, di derivazione comunitaria, dell'accessorietà sta-

bilito dall'art. 14 d. lgs. 163/2006 in tema di contratti misti.

TAR Sicilia, Ct, Sez. III, 10.2.2011, n. 285

Affidamento temporaneo servizio - ordinanza sindacale contingibile ed urgente - legittimità.

E' legittima l'ordinanza contingibile ed urgente con cui un sindaco, al fine di garantire il trasporto pubblico degli studenti pendolari, ha affidato il servizio a soggetti terzi, dopo avere riscontrato l'impossibilità da parte della concessionaria di proseguire il servizio.

TAR Sicilia, Ct, Sez. II, 9.2.2011, n. 181

Art. 23 bis, d.l. 112/2008 - durata del divieto.

L'art. 23 bis d.l. 112/2008, conv. in l. 133/2008, vieta l'acquisizione di ulteriori servizi pubblici, anche mediante la partecipazione a gare d'appalto, alle società cui sia già stata direttamente affidata la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica; ed il divieto opera per tutta la durata della gestione affidata senza gara.

TAR Emilia, Pr, Sez. I, 31.1.2011, n. 30

Concessione gestione piscina comunale - assolvimento obbligazioni negoziali - giurisdizione a.g.o..

Per costante giurisprudenza, gli impianti sportivi comunali per il nuoto rientrano tra i beni del patrimonio indisponibile degli enti locali e, in particolare, giacché finalizzati a soddisfare l'interesse della collettività alle discipline sportive, sono ascrivibili ai beni destinati ad un pubblico servizio, onde gli stessi possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati solo mediante concessione amministrativa, quale è quella in cui – come accade nella fattispecie – il privato gestisce l'impianto natatorio percependo il corrispettivo direttamente dagli utenti e corrispondendo un canone di concessione all'amministrazione comunale, secondo lo schema tipico della concessione di servizio pubblico (CdS, V, 15.11.2010, n. 8040). Da ciò potrebbe scaturire la riconducibilità della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 d. lgs. 80/1998 (e, ora, dell'art. 133, lett. c), c.p.a.); senonché, a seguito del noto intervento in materia della Corte costituzionale (sent. n.

204/2004), l'ambito dei pubblici servizi può essere oramai oggetto di giurisdizione del giudice amministrativo solo se in esso l'amministrazione agisce esercitando il suo potere di supremazia in connessione funzionale con la tutela dell'interesse pubblico affidato alle sue cure, non quando la lite, vertendo sulla mera inadempienza di singole prestazioni negoziali, riguarda unicamente il rapporto convenzionale delle parti e le reciproche posizioni di diritto e di obbligo – anche in vista dell'accertamento della responsabilità per danni del debitore inadempiente (sia questo il soggetto pubblico o il soggetto privato) –, con la conseguenza che restano assoggettate alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie, relative a situazioni di diritto soggettivo, in cui l'amministrazione non sia coinvolta come autorità, ancorché le stesse scaturiscano da rapporti di tipo concessorio (CdS, V, 4.5.2005, n. 2153; TAR Lombardia, Bs, 27.6.2005, n. 673).

Sussiste la giurisdizione dell'a.g.o. per la controversia inerente il mancato assolvimento di obbligazioni negoziali tra le parti di un rapporto concessorio avente ad oggetto la gestione di una piscina comunale.

TAR Toscana, sez. III, 27.1.2011, n. 162

Gestione ormeggi ed attrezzature portuali - servizio pubblico locale - art. 23 bis, d.l. 112/08 - applicabilità.

Appare corretta, alla luce dell'ampia definizione espressa dall'art. 112 del d. lgs. n. 167/2000, la qualificazione dell'attività di gestione degli ormeggi e delle attrezzature portuali come servizio pubblico locale, rispetto al cui esercizio l'utilizzo del demanio marittimo si pone come presupposto necessario (TAR Campania, Na, sez. VII, 5.12.2008, n. 21241).

In ordine alla scelta del concessionario di cui all'art. 37 del codice della navigazione, occorre adottare un'interpretazione comunitariamente orientata, in linea con l'art. 23 bis d.l. 112/2008, conv. in l. 133/2008, il quale da un lato sancisce il necessario rispetto, ai fini del conferimento della gestione dei servizi pubblici locali, dei principi posti a salvaguardia della libera concorrenza, tra i quali, in particolare, il principio generale di trasparenza e adeguata pubblicità nella procedura di scelta del contraente, dall'altro lato ammette l'affidamento di-



*retto a società in house in situazione ecceziona-
li, debitamente motivate e previo parere*

*dell’Autorità garante della concorrenza e del
mercato (art. 23 bis, co. 2, 3 e 4).*

«.....GA.....»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

NOTA ANCI DEL 14.02.2011

Gli Enti non sottoposti al Patto di stabilità possono procedere ad assunzioni a tempo indeterminato a copertura del turn over e non trova applicazione il limite del 20% definito dal co. 9 dell'art. 14 del d.l. 78/2010.

E' rimessa all'autonomia di ciascuna amministrazione la valutazione circa l'economicità dell'uso del mezzo proprio rispetto all'uso del mezzo di trasporto pubblico, anche in termini di tempo impiegato negli spostamenti dal dipendente e dunque sottratto all'attività lavorativa.

«..... GA.....»

AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI SERVIZI E FORNITURE. DETER- MINAZIONE N. 10 DEL 22.12.2010.

Indicazioni operative per la concreta attuazione degli obblighi di tracciabilità, avuto riguardo alle problematiche di maggior rilievo segnalate da stazioni appaltanti ed operatori economici.

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. Tale disposizione consente, in presenza di determinati presupposti di legittimità, di ricorrere ad incarichi individuali di natura occasionale e coordinata e continuativa per esigenze cui non si possa far fronte con personale in servizio.

Le collaborazioni esterne operano nell'ambito della c.d. attività di amministrazione attiva tesa a perseguire le finalità proprie dell'ente locale che, altrimenti, per l'assenza di adeguata professionalità, sarebbe impossibile raggiungere.

«..... GA.....»

MINISTERO ECONOMIA E FINANZE, CIRCOLARE 17.1.2011, n. 1

Il dipendente pubblico può provvedere, avvelendosi della delegazione di pagamento, sia alla corresponsione dei premi derivanti dalla stipula di un contratto di assicurazione, sia al rimborso rateale di un contratto di finanziamento ottenuto. La delegazione non va confusa con la cessione del quinto dello stipendio. Anzi, consente al dipendente che ha in corso la cessione del quinto, di accedere ad un ulteriore finanziamento, lasciando invariato il piano di rimborso realizzato attraverso la predetta cessione stipendiale.

Istruzioni operative per le trattenute mensili sugli stipendi dei dipendenti pubblici mediante l'istituto della delegazione.

Oneri a carico degli istituti delegatari.

«..... GA.....»

RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO. NOTA DEL 27.12.2010.

Modello di calcolo degli obiettivi programmatici. Nuova procedura da seguire dalle varie amministrazioni per l'individuazione dei saldi obiettivo 2011-2013.

Le nuove disposizioni del patto di stabilità interno 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. Il nuovo meccanismo di calcolo, per l'anno 2011, prevede, inoltre, un fattore di correzione finalizzato a ridurre la distanza fra i nuovi obiettivi e quelli calcolati in base alla previgente normativa.

«..... GA.....»

INPDAP, NOTA OPERATIVA DEL 14.1.2011, N. 1

Le istanze di opzione per la trasformazione del trattamento di fine servizio in trattamento di fine rapporto conseguenti all'adesione a forme individuali di previdenza complementare da parte di dipendenti pubblici non sono produttive di effetti perché in base alla normativa vigente tale opzione non può essere esercitata e il Tfr non può essere devoluto ad una forma pensionistica individuale.

L'esercizio dell'opzione della trasformazione del Tfs in Tfr (funzionale alla destinazione del Tfr a previdenza complementare) è possibile solo contestualmente all'adesione ad un fondo pensione negoziale e non ad una forma pensionistica individuale.

«..... GA.....»

MINISTERO INTERNO: PROT. 2915 DEL 18.02.2011

Esemplificazioni circa la nuova composizione dei consigli comunali e provinciali come rideterminata dalla l. 26.3.2010, n. 42 di conversione del d.l. 25.1.2010, n. 2.

A decorrere dal 2011, e per tutti gli anni a seguire, si applica la riduzione del 20 per cento del numero dei consiglieri comunali e provinciali ai singoli enti per i quali ha luogo il primo rinnovo del rispettivo consiglio, con efficacia dalla data del medesimo rinnovo. A tal fine l'entità della riduzione è determinata con arrotondamento all'unità superiore, non computando, rispettivamente, il sindaco e il presidente della provincia.

Per gli enti che vanno a rinnovo dal 2011, e per gli anni a seguire, va rideterminato il numero massimo degli assessori comunali e provinciali, sulla base della nuova composizione consiliare e con efficacia dalla data del rinnovo, in misura pari a un quarto del numero dei consiglieri del comune e della provincia, computando, in tal caso, rispettivamente il sindaco o il presidente della provincia, con arrotondamento all'unità superiore.

«..... GA.....»

LE CONTROVERSIE RELATIVE ALLA MOBILITÀ VOLONTARIA TRA AMMINISTRAZIONI, NON DANDO LUOGO A NUOVI RAPPORTI DI PUBBLICO IMPIEGO MA MODIFICANDO RAPPORTI GIÀ ESISTENTI, APPARTENGONO ALLA GIURISDIZIONE ORDINARIA

La giurisprudenza ritiene, infatti, che “il procedimento di mobilità volontaria esterna tra pubbliche amministrazioni è atto di gestione del rapporto di lavoro ed il relativo contenzioso rientra nella giurisdizione del giudice del lavoro dando luogo ad una semplice cessione del contratto di lavoro del dipendente tra una amministrazione di provenienza e quella di destinazione; non determina quindi la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, ma semplicemente la modificazione soggettiva del rapporto di lavoro già esistente, con continuità del suo contenuto” (CdS, sez. V, 26.10.2009, n. 6541).

Tuttavia, quando per la scelta del dipendente da assumere con il procedimento di mobilità l'amministrazione attiva una procedura selettiva consistente nella valutazione comparativa dei titoli dei partecipanti, si è in presenza di un vero e proprio concorso, riservato a dipendenti pubblici, le cui controversie appartengono alla giurisdizione amministrativa (cfr. CdS, V, 14.4.2010, n. 2062). Al riguardo, è utile richiamare il recente orientamento della Cassazione, secondo cui, in tema di impiego pubblico privatizzato, alla luce dell'interpretazione dell'art. 63 d. lgs. 30.3.2001 n. 165, compiuta alla stregua dei principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 97 cost., è attribuita alla giurisdizione

amministrativa la controversia relativa ad una procedura concorsuale, bandita da un ente pubblico territoriale e riservata a dipendenti di altre amministrazioni del comparto degli enti locali, poiché siffatta procedura realizza una mobilità «esterna», che si conclude con l'instaurazione di un diverso contratto di lavoro fra l'ente pubblico ed il vincitore del concorso, ed è dunque attuata con finalità del tutto differenti da quelle proprie della mobilità per passaggio diretto fra le amministrazioni pubbliche (Cassazione civile, sez. un., 30.10.2008, n. 260)».

Nella specie l'avviso di selezione prevedeva una vera e propria procedura concorsuale culminante, previo esperimento di un'attività tipicamente valutativa del curriculum professionale dei partecipanti, con l'approvazione di una graduatoria finale degli aspiranti all'assunzione

«..... GA.....»

IN PRESENZA DI UNA GRADUATORIA VALIDA L'AMMINISTRAZIONE È TENUTA AD ATTINGERE AD ESSA, ANZICHÉ BANDIRE UN NUOVO CONCORSO

E' noto che attraverso lo "scorrimento della graduatoria" le amministrazioni possono attingere dall'elenco di idonei non vincitori di graduatorie ancora valide per coprire posti, resisi disponibili dopo l'espletamento del concorso, evitando in questo modo di dover bandire un nuovo concorso. Secondo parte della giurisprudenza amministrativa si tratterebbe di una facoltà dell'amministrazione, che potrebbe anche decidere di bandire un nuovo concorso (CdS, VI, 11.10.2005, n. 5637), mentre per la giurisprudenza civile gli idonei di una graduatoria in corso di validità avrebbero un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione nel caso in cui l'amministrazione decida di coprire il posto vacante; la discrezionalità sarebbe limitata alla decisione di coprire il posto, che, una volta presa, dovrebbe necessariamente condurre ad utilizzare lo strumento dello scorrimento della graduatoria (Cass. civ., sez. un., 29.9.2003 n. 14529). Anche di recente la giurisprudenza amministrativa si è divisa tra la tesi della non

necessità della motivazione della indizione di una nuova procedura concorsuale in luogo dello scorrimento di una precedente graduatoria ancora efficace (CdS, V, 19.11.2009, n. 7243) e l'opposto orientamento, secondo cui quando l'amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità, ritenga di procedere a nuove assunzioni, essa, in ossequio al principio di buon andamento di cui all'art. 97 cost., è tenuta a utilizzare la graduatoria ancora efficace, non potendo indire un nuovo concorso, a meno che non ricorrano particolari ragioni, da esplicitare adeguatamente nella motivazione del bando (CdS, V, 8.2.2011 n. 1395).

«..... GA.....»

LA ASSOLUZIONE IN SEDE PENALE DEI CONSIGLIERI COMUNALI "PERCHÉ IL FATTO NON COSTITUISCE REATO", NON LEGITTIMA L'ENTE AL RIMBORSO DELLE SPESE LEGALI DA QUESTI SOSTENUTE QUANDO NEI MEDESIMI FATTI È RAVVISABILE UNA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE

Per i dipendenti statali, l'art. 18 della l. 21.5.1997, n. 135, prevede il rimborso ex post e solo a seguito di sentenza "che escluda la loro responsabilità" (formulazione che non consente, ad esempio, il rimborso nell'ipotesi di assoluzione per estinzione del reato), e comunque, per quanto concerne l'entità del rimborso, questo è stabilito "nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato". Nel caso in questione, afferente a dipendenti di enti locali, la materia è regolata dall'67 del d.P.R. 13.5.1987, n. 268, che dispone testualmente che: "1). L'ente anche a tutela dei propri diritti e interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti di ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto d'interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento. 2)

In caso di sentenza di condanna esecutiva per fatti commessi con dolo o colpa grave, l'ente ripeterà dal dipendente tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa in ogni grado di giudizio ". I due differenti sistemi presentano per gli interessati vantaggi e svantaggi (si consideri, fra l'altro, che per i dipendenti statali il rimborso ex post, escluso comunque nel caso in cui non risulti l'assenza di dolo o colpa grave , presuppone un preventivo parere dell'Avvocatura dello Stato circa la congruità del rimborso). E' stato affermato dalla giurisprudenza (per tutte, cfr. Sez. Abruzzo, sent n. 428 in data 6.4. – 17.5.2004) che, mentre dalla norma che regolava in precedenza la materia (d.P.R. 191/1979) poteva dedursi la

possibilità di rimborso delle spese legali a procedimento concluso, secondo l'art. 67 del menzionato (e vigente) d.P.R. 268/1987 tale rimborso a posteriori non è espressamente previsto.

In un generico sistema di rimborso ex post (previsto per i dipendenti statali dall'art. 18 della l. 21.5.1997, n. 135) risulta la coerenza di un quadro giuridico in cui il rimborso è consentito esclusivamente in caso di assoluzione con formula piena che escluda in modo incontrovertibile la mancanza di dolo o di colpa grave; la giurisprudenza, al proposito, fa riferimento ad assoluzione con formula piena e mai ad assoluzione per estinzione del reato o per prescrizione.

«..... GA.....»

REDAZIONALI

LA ESIMENTE POLITICA

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

La portata dell'art. 1, co. 1 ter l. 20/1994 così come novellata dalla l. 639/96 e dell'art. 49 d. lgs. 267/2000.

La valutazione della responsabilità dei titolari degli organi politici per la adozione di atti muniti del parere favorevole di regolarità tecnico-contabile e per quelli di competenza degli uffici tecnici o amministrativi causativi di danno.

La contestualizzazione con la recente giurisprudenza contabile.

Il vigente assetto costituzionale garantisce, in termini generali, il principio di imparzialità della PA ai sensi dell'art. 97 cost., con la separazione della attività di direzione politica da quella gestionale di direzione amministrativa.

L'art. 49 del d. lgs. 267/2000 prescrive che le deliberazioni della giunta o del consiglio, ad eccezione di quelle precipuamente inerenti la sfera politica dell'ente, devono essere munite del parere di regolarità tecnica e/o contabile.

Premesso come, in linea di principio, il solo fatto del parere favorevole dell'organo tecnico non escluda la responsabilità dell'organo di governo quando questi eserciti una funzione propria, per le deliberazioni causative di danno che non siano di mero indirizzo potranno essere chiamati a risponderne sia gli organi politici che le hanno adottate che i funzionari responsabili dei servizi tecnici che hanno prescritto il parere di regolarità tecnica e/o contabile.

Conseguentemente, le rispettive responsabilità dovranno essere valutate e graduate in base all'apporto causale degli organi politici e tecnici nella adozione dell'atto causativo di danno.

In che modo?

Sostanzialmente, dovrà essere svolto un

preliminare accertamento per verificare se la delibera adottata sia o meno di semplice indirizzo, così da poter escludere in radice il coinvolgimento dell'organo tecnico (come nel caso della sentenza C. conti, Campania 1/2011 di cui si parlerà oltre).

Successivamente dovrà essere accertato il grado della influenza e dell'incidenza del parere tecnico sulla deliberazione adottata dall'organo politico.

Ad esempio, la Corte dei Conti, Campania 7.7.2008, n. 1641, ha riconosciuto la responsabilità sia dei componenti della giunta comunale sia degli organi tecnici che espressero parere favorevole, per aver deliberato la erogazione di compensi aggiuntivi a collaboratori in mancanza delle necessarie condizioni giuridiche.

La responsabilità dell'organo politico è stata ravvisata nella mancanza della professionalità richiesta per l'espletamento della carica politica ricoperta dai componenti della Giunta, che li avrebbe dovuti indurre ad accorgersi che non vi fossero le condizioni giuridiche per detta erogazione.

Diversamente, la Corte dei Conti, Sez. Appello, Sicilia, 13.1.2009, n. 1.

Nel giudizio di primo grado cui la richiamata sentenza si riferisce, avente ad oggetto il rimborso di spese legali sostenute da ammini-

stratori comunali relativamente ad un processo penale a loro carico conclusosi per prescrizione, il danno conseguente alla delibera comunale all'uopo adottata era stato addebitato esclusivamente ai funzionari dell'area tecnica e dell'area economico-finanziaria per non aver rilevato, nonostante il bagaglio professionale posseduto, la assoluta illiceità della proposta di deliberazione.

Venivano invece assolti i componenti del consiglio comunale, per mancanza di dolo o colpa grave.

Il giudice di appello ha ribaltato la sentenza di primo grado in quanto era l'organo politico a dover negare il rimborso di spese legali perché il processo penale di riferimento non si era concluso con una assoluzione piena ma per intervenuta prescrizione (a tal riguardo C. conti, Lazio, 1.2.2011, n. 141 ha riconosciuto che la assoluzione in sede penale dei consiglieri comunali "*perché il fatto non costituisce reato*", non legittima l'ente al rimborso delle spese legali da questi sostenute quando nei medesimi fatti è ravvisabile una responsabilità amministrativo-contabile).

La volontà a procedere al rimborso delle spese legali e la valutazione della legittimità del rimborso medesimo è stata effettuata dal solo consiglio comunale senza il concorso degli organi tecnici che, avendo appunto espresso un parere tecnico e non di legittimità, non hanno affatto indirizzato il consiglio medesimo verso una determinazione poi rivelatasi dannosa (potendo l'organo politico, del resto, approvare le delibere anche disattendendo il parere degli organi tecnici).

Quanto previsto dal d. lgs. 267/2000 deve essere coniugato con le disposizioni di cui alla l. 20/94 e con questa interfacciato.

L'art. 1, co. 1 *ter* l. 20/94, per come novelata dalla l. 639/1996, stabilisce infatti che "*nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici e/o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione*".

Trattasi di disposizione che non rappresenta una clausola di salvaguardia tesa a rendere totalmente irresponsabili i titolari degli

organi politici in ragione del fatto che, comunque, tutti gli atti amministrativi sono sempre istruiti dall'apparato burocratico.

Tutt'altro.

Deve infatti essere sempre valutato in che misura i vari momenti della sequenza procedimentale - che, si ripete, vede un apparato burocratico che gestisce la fase istruttoria e l'organo politico quella deliberativa - hanno concorso nella adozione di un provvedimento finale che in seguito ha cagionato danno erariale.

La c.d. scriminante politica, che (quando viene accertata) in linea di principio solleva da responsabilità l'organo politico e i suoi membri nel caso di approvazione di atti di competenza degli uffici tecnici od amministrativi dell'ente causativi di danno, non può essere genericamente e semplicisticamente applicata a tutte le scelte operate dall'organo di governo, dovendo invece essere valutata la singola condotta dello stesso da cui è derivato il concreto verificarsi dell'evento dannoso per l'amministrazione.

Una recente pronuncia della magistratura contabile (C. conti, Campania, 7.1.2011, n. 1), non ha ritenuto applicabile la "*scriminante politica*" nel caso di deliberazione in materia di raccolta differenziata dei rifiuti su territorio comunale, trattandosi di atto sicuramente rientrante nelle attribuzioni degli organi di governo preposti all'attività di indirizzo politico tra cui rientra, appunto, quello della raccolta differenziata dei rifiuti.

Ed infatti, non solo "*... il Sindaco (unitamente all'assessore delegato, n.d.r.) sovrintende, a norma dell'art. 50 TUEL, al funzionamento degli uffici e dei servizi comunali, essendo pertanto titolare del potere di intervenire nel caso di manchevolezze, attivando le opportune misure correttive*" (C. Conti, Campania, cit.), ma è peraltro anche suo preciso dovere, proprio in quanto organo responsabile della amministrazione del comune, prendere visione piena e consapevole dell'oggetto delle proprie deliberazioni.

Conseguentemente, prosegue la pronuncia in commento, "*... anche in presenza di un elaborato tecnico, la c.d. 'esimente politica' - prevista per gli amministratori politico/elettivi i quali si limitino ad approvare at-*

ti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici od amministrativi' (art. 1, co. 1 ter, l. n. 20/1994) - vale nei limiti in cui l'organo politico abbia approvato tali atti 'in buona fede' ovvero senza alcun sospetto di irregolarità di essi ma - se si omette di far presente aspetti problematici di ciò che si va a deliberare - l'approvazione non può essere qualificata come attività svolta in buona fede, perché si corre il rischio che l'oggetto dell'approvazione attenga a qualcosa di non autorizzato dalla legge, o dagli atti di indirizzo degli stessi organi politici comunali, o contenga (come nella presente fattispecie) elementi che, in qualche modo, possano realizzare risultati contrari all'interesse pubblico (Sez. Giur. Toscana, sentenza n.114/2010)".

E' stata invece riconosciuta la esimente politica nel caso deciso da C. conti, Puglia, 23.9.2010, n. 538.

Il danno erariale contestato era conseguenza della violazione del principio della omnicomprensività del trattamento retributivo dei pubblici dipendenti o funzionari regionali, per avere questi beneficiato di compensi aggiuntivi per la loro partecipazione ad una commissione giudicatrice deputata a valutare iniziative turistiche.

La illegittima erogazione dei compensi venne disposta dai dirigenti del competente assessorato regionale, a favore di soggetti già inseriti negli uffici istituzionalmente preposti ad occuparsi delle materie rientranti nei compiti assegnati alla commissione.

La Giunta regionale, sulla scorta della istruttoria effettuata dall'Ufficio del settore turismo, insediava la commissione prevedendo che ai componenti di essa venissero liquidati compensi in conformità ad una precedente deliberazione regionale.

Priva di pregio è risultata la difesa di uno dei dirigenti che, a giustificazione del proprio operato, ha invocato la circostanza che la deliberazione della giunta regionale di liquidazione dei compensi fosse stata adottata con il parere favorevole di regolarità contabile del dirigente del settore finanziario il quale, con il suo agire, avrebbe contribuito alla causazione del danno.

Infatti la corretta attribuzione dei trattamenti economici accessori non può essere

conseguenziale, *tout court*, alla espressione di un ulteriore atto endoprocedimentale (parere favorevole di regolarità contabile, appunto) che, proprio perché esprime solo un giudizio di rispetto delle norme vigenti in materia di contabilità e di regolarità delle procedure di spesa previste, non potrebbe comunque intaccare il principio generale della autonomia decisionale di ciascun dirigente.

Le uniche responsabili sono state quindi ritenute le dirigenti regionali che, con il proprio comportamento, hanno indotto la giunta regionale alla approvazione di una delibera causativa del danno erariale.

Nessuna responsabilità, invece, per la giunta regionale e il suo Presidente.

La sentenza in commento fornisce una efficace ed apprezzabile sintesi e schematizzazione dei casi in cui ricorre la scriminante c.d. politica per la adozione di atti di competenza propria degli uffici tecnici e/o amministrativi.

Ricorre l'esimente:

- quando non sia stato rispettato l'ordine delle competenze in seno alla struttura amministrativa e l'organo politico abbia approvato od autorizzato un atto di esclusiva competenza dirigenziale;

- quando l'attività dell'organo politico si sia risolta in un controllo in senso lato degli atti appartenenti alla dirigenza;

- quando, per ragioni di giustizia sostanziale, la fase di decisione dell'organo politico sia condizionata in modo evidente dal parere o da altro adempimento istruttorio dell'ufficio tecnico o amministrativo preposto in quanto sottende questioni tecniche e giuridiche necessitanti cognizioni specialistiche che l'organo deliberante non possiede (in tal senso, C. conti, Sez. I, Centrale, 7.8.2001, n. 282).

Trattasi, come detto, di linee generali che devono essere di volta in volta contestualizzate con la fattispecie concreta.

Come già detto prima, sarà proprio dall'esame dei contenuti e degli effetti dell'atto deliberativo - atto di mero indirizzo o di indirizzo politico - e della ricostruzione della condotta degli organi politici da una parte e dell'apparato tecnico dall'altro che sarà possibile, alternativamente, sollevare da ogni addebito l'una o l'altra delle due categorie ovvero graduarne la responsabilità in base al rispettivo



apporto causale nella adozione dell'atto causativo di danno. E' su questa graduazione che,

sostanzialmente, si gioca la partita della esimente politica.

«.....GA.....»

MANSIONI SUPERIORI DEL DIPENDENTE PUBBLICO: IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE TRA LA CORTE DI CASSAZIONE ED IL CONSIGLIO DI STATO

dell'Avv. Fabio Falco

Contrasto giurisprudenziale tra i massimi organi della giurisprudenza amministrativa e civile sull'applicabilità della disciplina delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico.

La retribuità delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico costituisce l'oggetto di un acceso contrasto giurisprudenziale tra il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione.

Da un lato, infatti, il Consiglio di Stato, anche in Adunanza Plenaria (cfr., *ex plurimis*, ad. pl., 24.3.2006, n. 3) afferma che l'ammissibilità della retribuzione delle mansioni superiori, storicamente, abbia valenza eccezionale e derogatoria all'ordinario regime del rapporto tra PA e pubblico dipendente, così giustificando l'orientamento secondo il quale la disciplina delle mansioni superiori - racchiusa oggi nell'art. 52 del t.u. sul pubblico impiego di cui al d. lgs. n. 165/01 (che ne ammette la retribuzione) - possa applicarsi in via generale ai pubblici dipendenti solo a decorrere dal 22.11.1998, ossia dall'entrata in vigore del d. lgs. n.387/98, salvo che sia diversamente disposto da norma speciale *ad hoc*; dall'altro le Sezioni Unite della Corte di Cassazione costantemente affermano, sulla scia della giurisprudenza della Corte Costituzionale che ammette l'applicabilità diretta ai dipendenti pubblici dell'art. 36 cost., che le mansioni superiori vanno remunerate senza limitazioni temporali, o comunque già a decorrere dal regime transitorio introdotto dall'art. 56 del d. lgs. 29/93, come modificato dall'art. 25 del d. lgs. n.80/98, cioè ben prima dell'entrata in vigore del citato art. 15 del d. lgs. n. 387/98 che li ha abrogati in *parte qua* (Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., sez. un., 16.2.2001, n. 3814; 22.2.2010, n. 4063).

Prima di descrivere con maggiore rigore i termini del suddetto contrasto, è opportuno sintetizzare la disciplina delle mansioni supe-

riori dei pubblici dipendenti e la sua evoluzione normativa.

Oggi, come detto, le mansioni superiori sono disciplinate dall'art. 52 del d. lgs. n. 165/01 e comportano, senza dubbi ermeneutici, l'attribuzione (i) del trattamento economico proprio della qualifica superiore ricoperta temporaneamente ove (a) l'espletamento delle stesse avvenga per non più di sei mesi e vi sia carenza di posto in organico, ovvero per non più di dodici mesi allorchè siano, entro novanta giorni, avviate le procedure di copertura della vacanza; ovvero (b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza; la succitata disposizione normativa prevede, al co. 5, che (ii) al di fuori delle ipotesi suddescritte sub a) e b), l'atto di assegnazione è nullo, ma al pubblico dipendente spettano, comunque, le differenze retributive con il trattamento economico della qualifica temporaneamente ricoperta; (iii) il principio della doverosità delle differenze retributive del pubblico dipendente è sancito dalla mancata previsione, rispetto al passato, del divieto delle remuneratività delle mansioni superiori nelle more della stipulazione dei contratti collettivi di cui al co. 6 dell'art. 52, la cui mancata adozione non osta alla retribuzione dell'opera in concreto svolta, anche ai sensi dell'art. 36 cost..

Tale ultima circostanza (iii) non è di poco momento, in quanto la disposizione, propria di un regime transitorio che da sempre accompagna la disciplina delle mansioni superiori (basti pensare, al riguardo, che l'art. 57 del d. lgs. n. 29/93 non è stato mai applicato),

è quella (*rectius* la sua parziale abrogazione ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. n. 387 del 29.10.1998) che fonda i divergenti orientamenti espressi *in subiecta materia* dalle Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato (da ultimo con sentenza della sez. VI n. 758 del 3.2.2011).

Infatti, da un lato i giudici di Palazzo Spada ritengono che la suddetta disposizione normativa - che abroga il divieto di differenze retributive in caso di mansioni superiori svolte dal pubblico dipendente nel regime transitorio previsto dall'art. 56 del d. lgs. n. 29/93 come modificato dall'art. 25 del d. lgs. n. 80/98 - non può che disporre per l'avvenire, non essendo una norma di interpretazione autentica, ma, piuttosto, rimuovendo, in ossequio all'art. 36 cost., un ostacolo al pagamento della maggiore opera svolta, in concreto, da parte del pubblico dipendente (*rectius* delle mansioni superiori svolte rispetto alla qualifica di appartenenza); si tratterebbe, quindi, di un ostacolo che sorge quasi ontologicamente all'instaurarsi di un rapporto di pubblico impiego, che, in ossequio anche agli artt. 97 e 98 cost., ha una funzione diversa ed ulteriore rispetto all'ordinario rapporto di lavoro privato, basato sul mero rapporto sinallagmatico di scambio di prestazioni (Cfr., *ex plurimis*, CdS, ad. pl., 24.3.2006, n. 3).

La Corte di Cassazione, al contrario, sostiene che il diritto alla retribuzione giusta e proporzionata è sancito in Costituzione (artt. 35 e 36) e trova nel codice civile una esplicitazione, negli artt. 2103 e 2126 c.c., che deve essere estesa anche al pubblico lavoratore, senza limiti temporali, essendo espressione di un principio generale dell'ordinamento riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale ed essendo il citato art.15 del d. lgs. n. 387/98 una norma "*con efficacia retroattiva, atteso che (...) è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporali, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e, quindi, in modo idoneo ad incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. La portata retroattiva di detta disposizione risulta, peraltro, conforme alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha rite-*

*nuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 cost., nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonchè alla conseguente intenzione del legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali. Cfr. C. cost. n. 236 del 1992; n. 296 del 1990; Cass., sez. un., n. 4063 del 2010, cit." (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 16.2.2001, n. 3814).*

Quello su cui, invece, è concorde la giurisprudenza in materia di mansioni superiori è che le stesse devono essere attribuite (iv) con provvedimento formale e su posto effettivamente in organico, risultando diversamente addirittura "*inesistenti*" e non danno luogo né al diritto alle differenze retributive né alla tutela di cui all'art.2126 c.c. (Cfr., *ex plurimis*, CdS, V, 8.10.2010, n.7354).

Tuttavia, come detto, il contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali è chiaro e, a ben vedere, si poggia sul differente approccio con cui la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato intendono il rapporto di pubblico impiego privatizzato.

La Cassazione, proprio sulla scorta della riforma del pubblico impiego iniziata nel 1993, costruisce oramai il rapporto di lavoro alle dipendenze della PA sulla falsariga del rapporto di lavoro di diritto comune, in ragione della positiva applicabilità a tale rapporto delle norme del codice civile.

In quest'ottica ben si comprende come le mansioni superiori - che il codice civile del 1942, all'art. 2103 c.c. costruisce nel lavoro privato come un normale strumento di svolgimento della prestazione del lavoratore - possano dare diritto, anche al pubblico dipendente, al riconoscimento, in applicazione, perlomeno, dell'art. 36 cost., delle differenze retributive tra la qualifica di provenienza e quella, maggiore, in concreto e per un certo periodo rivestita.

Di qui la riconosciuta valenza retroattiva dell'art.15 del d. lgs. n. 387/1998, individuata dalla Corte di Cassazione con un certo favor (in quanto la tesi esclusivamente temporale basata sul regime transitorio non è del tutto convincente) proprio perché definitivamente abrogatrice di un divieto - quello della rite-

vanza delle mansioni superiori nel pubblico impiego - che ostava alla completa e piena equiparazione della disciplina tra questo ed il lavoro privato, in contrasto con l'art. 3 e 36 della Costituzione, generalmente applicabili anche al pubblico dipendente.

Di contro si pone la giurisprudenza del Consiglio di Stato (da ultimo con sent. della Sez. VI, n.758 del 3.2.2011, cit.) che, invece, pur riconoscendo, ovviamente, la privatizzazione del pubblico impiego, afferma la non retroattività dell'art. 15 del d. lgs. n. 387/98 in quanto il divieto di remunerare le mansioni superiori prima del 22.11.1998 (data di entrata in vigore della predetta norma) si giustifica sotto un duplice profilo: (a) da un lato, il rapporto di pubblico impiego si differenzia funzionalmente dal rapporto di lavoro privato, posto che pure nella identità della disciplina applicabile post privatizzazione, il primo è caratterizzato dal fatto che, come causa concreta, non ha solo lo scambio sinallagmatico prestazione/retribuzione, ma ha anche lo scopo pratico, comune alle parti, di curare in concreto interessi pubblici, cioè svolgere una attività funzionale alla *res pubblica*; dall'altro (b) che il rapporto di lavoro pubblico, proprio perché funzionale strutturalmente alla cura di interessi pubblici, è stipulabile solo in presenza di una norma che lo disciplini, cioè che vincoli nel fine la PA stipulante.

Per quanto attiene il profilo esposto *sub* (a), il Consiglio di Stato coerentemente afferma che il divieto ante 22.11.1998, non bastando il solo criterio dello "*spazio*" temporale, si giustifica con il fatto che gli artt. 3 e 36 Cost. non sono le uniche norme che reggono il rapporto di pubblico impiego, il quale va anche interpretato e disciplinato alla luce degli artt. 97 e 98 cost..

Per quanto attiene il profilo esposto *sub* (b), va detto che - fermo restando che il divieto de quo sembra sussistere sin dall'art. 31 e 33 del d.P.R. n. 3/57 - i giudici di Palazzo Spada subordinano il loro ragionamento proprio alla mancata esistenza di una norma speciale in quanto, ove questa vi fosse, ben potrebbe ammettersi, anche prima della modifica dell'art. 56 del d. lgs. n. 29/93, la remunerazione delle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori.

Ad ulteriore sostegno di tale tesi, starebbe il riparto di giurisdizione operato dall'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001, che infatti ha bene in mente che la fase pubblicistica della stipulazione del contratto (*rectius* della scelta del contraente) va distinta dalla fase gestorio-esecutiva dello stesso, afferente la prima alla giurisdizione amministrativa e la seconda a quella ordinaria.

Orbene, il contrasto giurisprudenziale, così come descritto, non pare sanabile.

In quest'ottica un'indicazione operativa concreta per le amministrazioni/datrici di lavoro deriva, senza dubbio, dal riparto di giurisdizione di cui all'art. 63 del d. lgs. n. 165/01 e s.m.i..

Tale norma, infatti, devolve le questioni attinenti alla retribuitività delle mansioni superiori al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro a decorrere dall'1.7.1999.

Ciò, in endiadi con la circostanza che la prescrizione del diritto alle maggiori somme dovute per lo svolgimento delle mansioni superiori è quinquennale (ai sensi dell'art. 2948 c.c.), fa sì che ogni controversia che dovesse sorgere con un dipendente sarebbe decisa dal giudice del lavoro.

Ne consegue che il principio da applicare dovrebbe essere quello indicato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in quanto il giudice naturale delle eventuali insorgende controversie sarebbe il G.O. in funzione di giudice del lavoro, il quale seguirebbe certamente, nella decisione della causa, l'insegnamento della Suprema Corte e non già quello del Consiglio di Stato.

Tale conclusione, peraltro, può essere accettata, anche sotto il profilo teorico, proprio in base al fatto che - pur non potendosi negare che tra contratto di lavoro pubblico e contratto di lavoro privato esiste una sostanziale distinzione proprio in termini di causa che, nel primo, è una funzione economico-sociale di tipo individuale/privatistico, mentre nel secondo sorregge un agire funzionale di cura dell'interesse pubblico - le mansioni superiori vanno valutate solo in un momento di puro sinallagma (prestazione-retribuzione), tenuto anche presente che l'obbligazione lavorativa del pubblico dipendente è tipicamente un'obbligazione di mezzi che può prescindere, nel-



la sua remunerazione, dall'effettivo conseguimento dell'utilità pubblica che, in vero, si raggiunge con anche con la sola valida costi-

tuzione del rapporto organico e del successivo rapporto di servizio.

«.....GA.....»

NORME SOPRAVVENUTE IN PENDENZA DI PROCEDURE CONCORSUALI: LA SOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Flavia Virginia Prosperetti

Il principio "tempus regit actum" non trova applicazione per le procedure concorsuali in quanto le norme di riferimento sono quelle in vigore nel momento di inizio della procedura.

L'applicabilità dello *ius superveniens* alle procedure concorsuali ha generato un notevole dibattito in dottrina, che la giurisprudenza, da ultimo, ha risolto con la sentenza del Consiglio di Stato n. 124 del 12.1.2011, che segue un orientamento ormai quasi decennale.

1. E' opportuno preliminarmente ricordare che il principio "*tempus regit actum*" ha la funzione pratica di consentire l'individuazione della disciplina giuridica da applicare ad un atto o ad un procedimento amministrativo.

In altri termini, ogni atto o provvedimento deve essere conforme alla disciplina vigente al momento dell'emanazione dell'atto o provvedimento stesso.

Tale principio è sancito nel nostro ordinamento all'art. 11 delle disp. prel., rubricato "*efficacia della legge nel tempo*" che recita: "*la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*".

Dunque, ogni atto è disciplinato dalla legge in vigore nel tempo in cui viene adottato con esclusione (di regola) della retroattività e della ultrattività di essa.

Questa disposizione esprime un principio di ordine generale ed evidenzia l'esigenza che la legge non sia ordinariamente retroattiva.

Se l'applicazione di questo principio non determina problemi particolari per l'emanazione di un singolo provvedimento amministrativo, diverso è il caso della sequenza di atti che costituiscono un procedimento, come nel caso di procedure concorsuali, per la disomogeneità di disciplina che potrebbe derivarne.

Infatti, il procedimento amministrativo non può essere considerato come una fattispecie unitaria a formazione complessa, ma è composto da una pluralità di atti, susseguenti

e diversi fra loro, finalizzati all'emanazione di un provvedimento finale.

In particolare, in materia concorsuale, potrebbe accadere che le regole sopravvenute nel corso dello svolgimento di un procedimento rendano idoneo al concorso chi, al momento dell'indizione, non lo era (cfr. CdS, IV, 12.1.2011, n. 124).

È chiaro che ne deriverebbero problemi anche solo pratici notevoli e confliggenti con l'esigenza di buona amministrazione e di eguaglianza, esigenze e principi di rango costituzionale (cost. artt. 97 e 51).

La giurisprudenza, in questo suffragata dalla prevalente dottrina, ha da tempo elaborato ed applicato un criterio diretto a dirimere il problema e che, a ben vedere, garantisce anche la par condicio delle persone coinvolte nel procedimento concorsuale.

Secondo la prevalente e migliore giurisprudenza, infatti, occorre fare riferimento alle norme legislative o secondarie vigenti alla data di approvazione del bando che devono essere applicate e le norme sopravvenienti, per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito, non possono modificare i criteri dei concorsi già banditi, a meno che ciò non sia espressamente stabilito dalle norme stesse.

Tale principio, che ha trovato espressione in molte decisioni amministrative (CdS, VI, 21.7.2010, n. 4791; CdS, VI, 12.6.2008, n. 2909; CGARS, 14.9.2007, n. 836; CdS, V, 21.9.2005, n. 4937; CdS, V, 5.10.2005, n. 5316; CdS, IV, 6.7.2004, n. 5018), può essere riassunto in estrema sintesi osservando che all'intero procedimento si applicano le regole in vigore al momento del suo inizio salvo che, ovviamente, la *lex specialis* e cioè il bando, non abbiano diversamente previsto e salva, ovviamente, l'applicabilità delle norme me-

ramente interpretative che formano un tutt'uno con la norma interpretata.

In sintesi la giurisprudenza ha affermato che: i) il principio secondo il quale "*tempus regit actum*" non trova applicazione alle procedure concorsuali in corso al momento di entrata in vigore delle nuove norme; ii) un concorso è interamente disciplinato dalle norme in vigore nel momento di inizio del relativo procedimento; iii) le norme sopravvenute nel corso della procedura concorsuale possono trovare applicazione solo in caso di esplicita od implicita previsione di applicabilità ai procedimenti in corso.

I corollari che se ne debbono trarre sono i seguenti: poiché la procedura concorsuale inizia con la pubblicazione del bando, che costituisce *lex specialis* della procedura, è in questo momento che si determina il sistema normativo di riferimento di tutte le fasi del concorso.

Tale sistema si modifica in conformità delle norme sopravvenute solo se di queste sia prevista l'applicazione anche ai procedimenti in corso.

Dunque, sono irrilevanti le novità normative intervenute successivamente alla pubblicazione del bando, non solo se esse riguardano i requisiti di ammissione dei candidati, ma anche le modalità di svolgimento delle prove, ecc.

Inoltre, sotto altro profilo, va ricordato che in materia di concorsi pubblici si applica il principio della tutela dell'affidamento dei candidati, che sono principalmente garantiti attraverso il rispetto della *par condicio*.

"In tema di pubblici concorsi, le disposizioni normative sopravvenute (non aventi carattere interpretativo) in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio "tempus regit actum" attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio" (CdS, VI, 21.7.2010, n. 4791).

Pertanto, le norme legislative e regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura concorsuale, devono essere sempre applicate anche se non espressamente richiamate nel bando.

Le norme sopravvenienti, invece, per le quali non vi è un rinvio implicito nella *lex specialis*, non devono essere applicate ai concorsi già banditi, tranne il caso in cui non sia diversamente previsto dalle norme stesse.

2. Si è detto che l'applicazione delle norme sopravvenute determinerebbe un'alterazione dei presupposti giuridici del procedimento: da una parte, infatti, si avrebbero le norme, per così dire, "*di partenza*" del procedimento e dall'altra quelle di chiusura del medesimo.

Le "*regole del gioco*" sarebbero in tal modo modificate nel corso della "*partita*" e questo solleva più di una perplessità sulla conformità di tale soluzione al nostro sistema costituzionale, come sopra si è accennato.

Ma questo non vale per le norme interpretative, che hanno tipicamente efficacia retroattiva e, come già si è ricordato, formano corpo unico con la norma interpretata od il caso di specifica previsione di applicabilità anche alle procedure in corso.

Un esempio di norma sopravvenuta di natura interpretativa è la norma transitoria inserita nell'ambito di una disposizione legislativa.

Tale norma, per la sua natura interpretativa, non può che incidere anche sulle fasi già chiuse delle procedure concorsuali in corso, pur essendo intervenuta in un momento successivo.

Se si pensa ad una disposizione transitoria che preveda di ammettere alle procedure di reclutamento in corso anche persone in possesso di ulteriori requisiti che prima non erano stati considerati, la PA è tenuta ad applicare la norma interpretativa sopravvenuta per non incorrere in una illegittimità e, quindi, nel rischio di vedersi notificare numerosi ricorsi aventi ad oggetto l'impugnazione della procedura concorsuale.

3. Ciò detto, se pure è vero che le norme sopravvenute sono ininfluenti sul procedimento in corso, tuttavia non viene meno il

generale potere della PA di recepire le novità introdotte dalle nuove norme fino anche eventualmente a giungere all'annullamento della procedura, cosa che, peraltro, comporta non indifferenti problemi di legittimità.

Questa scelta della PA deve, ovviamente, tener conto del rispetto dei principi costituzionali di imparzialità, uguaglianza e buon andamento dell'azione amministrativa ed essere sostenuta da un'adeguata motivazione.

4. Proprio in tale ottica, deve essere per completezza ricordato che un'altra eccezione al principio "*tempus regit actum*" (altra rispetto ai procedimenti come quelli concorsuali) si può rinvenire nel caso in cui l'adozione del provvedimento avvenga a grande distanza di tempo dalla richiesta.

In tal caso, se la nuova normativa fosse più restrittiva di quella in vigore nell'arco di tempo entro il quale il provvedimento avrebbe dovuto essere adottato, il privato ne risulterebbe penalizzato.

Ciononostante la giurisprudenza ha ritenuto che "*il procedimento amministrativo è regolato dal principio tempus regit actum e ciò comporta che la legittimità di un provvedimento amministrativo va valutata in relazione alle norme vigenti al tempo in cui lo stesso è stato adottato. Se, dunque, in pendenza del procedimento interviene una nuova normati-*

va, l'atto che ne è l'epilogo, tanto più nel caso in cui lo ius superveniens riguardi i profili sostanziali dell'attività, deve a questo adeguarsi, salvo che incida su situazioni giuridiche già consolidate (...)" (TAR Lazio, III, 25.1.2007, n. 563).

Ovviamente, nel caso di una procedura concorsuale, tale adeguamento deve intervenire attraverso un provvedimento espresso dell'amministrazione che sia dia carico di motivare in ordine alle ragioni che consentono l'utilizzo dello *ius superveniens* e che garantisca la non violazione della par condicio tra i candidati.

In realtà, quindi, siamo in presenza di una conferma di un principio che resta saldo e che sicuramente costituisce una garanzia di tutela ed in ultima analisi di democraticità del sistema.

In conclusione, la Sezione IV del Consiglio di Stato, con la recente sentenza, sopra citata, 12.1.2011, n. 124, ha confermato un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa dell'ultimo decennio ed ha ribadito il principio secondo cui le norme sopravvenute non possono incidere su una procedura già in corso né sulle singole fasi autonome di essa che si siano già chiuse, restando interamente disciplinati dalla normativa vigente al momento del loro inizio, salvo i limitatissimi casi sopra evidenziati.

GIURISPRUDENZA

dell'Avv. Giuseppe Dall'Ozzo

Corte di Cassazione, SS.UU. Pen., 19.1.2011, n. 1235

Frode fiscale e truffa aggravata - inammissibilità del concorso tra i due reati - condanne non cumulabili.

I reati in materia fiscale di cui agli artt. 2 e 8 d. lgs. 74/2000, sono speciali rispetto al reato di truffa aggravata a danno dello Stato di cui all'art. 640, co. 2, n. 1, c.p..

Diversamente, nel caso dalla condotta di frode fiscale derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto alla evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni, è possibile il concorso tra il delitto di frode fiscale e quello di truffa.

Corte di Cassazione, Sez. II, Pen., 4.1.2011, n. 46.

Pubblici dipendenti - falsa attestazione presenza sul luogo di lavoro.

Reato - truffa aggravata e continuata - sussiste.

Nell'ipotesi in cui il dipendente abbandoni il posto di lavoro senza registrare l'uscita o nel caso in cui timbri in entrata ed in uscita senza presentarsi effettivamente al lavoro, deve essere riconosciuto l'intento truffaldino.

La falsa attestazione del pubblico dipendente, circa la presenza in ufficio riportata sui cartellini marcatempo o nei fogli di presenza, è condotta fraudolenta, idonea oggettivamente ad indurre in errore l'amministrazione di appartenenza circa la presenza sul luogo di lavoro, e integra il reato di truffa aggravata, ove il pubblico dipendente si allontani senza far risultare, mediante timbratura del cartellino o della scheda magnetica, i periodi di assenza, sempre che siano da considerare economicamente apprezzabili.

Le registrazioni fuori sede comportano un ingiusto profitto del dipendente pubblico, il quale documenta falsamente la continuità della prestazione lavorativa o, addirittura, beneficia - senza averne diritto - di compenso straordinario, con evidente danno per l'amministrazione.

Corte di Cassazione, Sez. VI, Pen., 22.1.2011, n. 2251

Responsabilità da reato dell'ente - inammissibilità costituzione parte civile.

In deroga alla regolamentazione codicistica, la costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli Enti non è ammessa in quanto espressamente esclusa dal d. lgs. 231/2001, che disciplina detto processo.

Corte dei Conti, Sez. I, Centrale, 10.1.2011, n. 3

Tangenti - danno erariale - responsabilità.

In materia di c.d. tangenti, la somma illecitamente promessa o data rappresenta certamente per l'imprenditore un costo del quale non può non tenere conto nel determinarsi all'offerta per cui le somme indebitamente percepite costituiscono danno erariale, non potendosi configurare come atti di liberalità, avendo come controprestazioni favoritismi o irregolarità che espongono la pubblica amministrazione a costi superiori a quelli che si sarebbero potuti ottenere e, come tali, rappresentano un minusvalore causato all'erario, in quanto il terzo aspira ad una decurtazione del prezzo di mercato pari almeno alla somma promessa o versata; ciò con maggior evidenza probatoria quando il "quantum" delle dazioni illecite è effettuato tramite percentuale sul prezzo.

Corte dei Conti, Campania, sentenza-ordinanza del 9.11.2010

Acquisto auto di lusso - danno erariale - responsabilità dei membri giunta esecutiva.

La decisione di acquistare l'autovettura Audi Q7 Diesel 3,0 TDI non è rispondente ai canoni di un'azione amministrativa efficace ed economica, ben potendo lo scopo perseguito essere realizzato con l'acquisto di un diverso modello. Considerata la necessità di usufruire di due autovetture, l'ente avrebbe dovuto utilizzare i fondi per un modello meno costoso, egualmente adeguato allo scopo, liberando le rimanenti ri-

sorse per ulteriori attività. La decisione della Giunta non è stata, quindi, né economica né efficace, in quanto il medesimo risultato (acquisto di due autovetture) poteva essere facilmente realizzato a costi inferiori e avrebbe permesso all'ente di utilizzare una parte delle risorse per le finalità di legge. È indubbio che nella vicenda in esame si sia verificato un danno erariale, del quale sono chiamati a rispondere i membri della Giunta Esecutiva (...) in quanto hanno tenuto una condotta gravemente colposa.

Ogni condotta pubblica che viola i principi di economicità, efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa è illegittima e, come tale, è sindacabile da parte del giudice contabile. L'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non può costituire, infatti, uno schermo di protezione per le decisioni irragionevoli o assunte in violazione di norme di legge che abbiano causato un danno erariale.

Laddove venga accertata la sussistenza di un danno erariale - nella specie rappresentato dall'acquisto di autovetture di lusso invece che modelli meno costosi, ugualmente adeguati allo scopo - il giudice contabile condanna al risarcimento coloro che abbiano tenuto la condotta gravemente colposa causativa del danno.

TAR Lombardia, MI, Sez. I, 12.1.2010, n. 35

Inerzia e silenzio PA - risarcimento danno da ritardo.

Pregiudizialità del ricorso avverso silenzio rifiuto.

Il diritto al risarcimento del danno derivante dal ritardo con il quale l'amministrazione ha provveduto spetta solo ove i soggetti interessati abbiano reagito all'inerzia, impugnando il silenzio-rifiuto; solo in caso di persistente inerzia a seguito di questa procedura può infatti configurarsi la lesione al bene della vita, risarcibile, alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede, nello svolgimento del rapporto qualificato e differenziato tra soggetto pubblico e privato, ciò che si risarcisce non è una aspettativa all'agere legittimo dell'amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui si ambiva al momento della proposizione dell'istanza.

La norma codicistica di cui all'art. 2043 c.c., infatti, subordina il risarcimento alla produzione di un danno ingiusto causalmente generato

da una condotta illecita, nel caso di specie da individuarsi nell'asserito ritardo, imputabile all'amministrazione a titolo di dolo o colpa.

La pretesa risarcitoria di un soggetto asseritamente leso dall'inerzia dell'amministrazione nell'adozione di un provvedimento, deve essere preceduta dalla tempestiva impugnazione dell'inerzia medesima da parte del soggetto stesso.

Corte dei Conti, Lazio, 18.1.2011, n. 83

Conferimento incarichi a personale esterno. Sindacabilità delle scelte operative antieconomiche.

Danno erariale - responsabilità per colpa grave.

La pubblica amministrazione, in conformità del dettato costituzionale, deve uniformare i propri comportamenti a criteri di legalità, economicità, efficienza ed imparzialità, dei quali è corollario, per ius receptum, il principio per cui essa, nell'assolvimento dei compiti istituzionali, deve avvalersi prioritariamente delle proprie strutture organizzative e del personale che vi è preposto, rendendosi ammissibile il ricorso ad incarichi e consulenze professionali esterne soltanto in presenza di specifiche condizioni quali la straordinarietà e l'eccezionalità delle esigenze da soddisfare, la carenza di personale idoneo, il carattere limitato nel tempo e l'oggetto circoscritto della consulenza.

Deve ritenersi anti-giuridico e produttivo di danno erariale il conferimento di incarichi per attività alle quali si possa far fronte con personale interno dell'ente o che siano estranee ai suoi fini istituzionali o che siano troppo onerose in rapporto alle disponibilità di bilancio.

Nella fattispecie in esame non si è trattato di far fronte ad un' esigenza sopravvenuta o eccezionale, richiedente professionalità o capacità non prevedibili, ma di svolgere una ordinaria e continuativa funzione tipicamente demandata agli uffici tecnici per l'esercizio della quale, l'amministrazione avrebbe potuto avvalersi del personale preposto.

Ne consegue che all'atto di una verifica dei presupposti di fatto e di diritto l'incarico al geom. A. deve ritenersi conferito in difetto delle condizioni previste dall'art. 7, sesto comma, del d. lgs. n. 165/2001 e quindi, deve essere considerato illecito, e produttivo di un danno ingiusto all'erario, che ha dovuto sopportare una

spesa sostanzialmente inutile.

Dell'instaurazione di un rapporto negoziale produttivo di danno ingiusto per l'erario devono ritenersi responsabili gli odierni convenuti che avevano la competenza e il potere di decidere il conferimento di incarichi e di consulenze ad estranei dall'amministrazione e che hanno emanato la deliberazione di incarico nonostante la mancanza delle condizioni di legge.

La condotta dei medesimi non è risultata conforme al dettato normativo, essendosi essi discostati con evidente e inescusabile leggerezza dal modello organizzativo previsto dal sistema e che, per la posizione rivestita, avrebbero dovuto ben conoscere.

Il comportamento dei convenuti, contrassegnato dalla mancanza di una idonea e preventiva valutazione circa la sussistenza dei presupposti necessari per il legittimo conferimento dell'incarico e per il conseguente pagamento della prestazione, deve ritenersi ingiustificabile e approssimativo, considerato anche che non si rinvenivano nella fattispecie situazioni e circostanze particolari atte a dar luogo ad errore scusabile.

Il ricorso ad incarichi esterni è ammesso soltanto in presenza di necessità straordinarie che esulano dalle ordinarie competenze dell'ufficio o in caso di manifesta insufficienza, qualitativa o quantitativa, delle risorse interne a soddisfare particolari e complesse esigenze.

Ciò dimostra, da un lato, che nel nostro sistema giuridico non sussiste un generale divieto per la PA di ricorrere ad esternalizzazioni per l'assolvimento di determinati compiti; dall'altro, tuttavia, conferma che tale esternalizzazione non può legittimamente essere posta in essere se non nel rispetto delle condizioni e dei limiti sopra specificati.

In caso contrario, del danno erariale cagionato, risponderanno i responsabili a titolo di colpa grave.

Corte dei Conti, Lazio, 25.1.2011, n. 141

Rimborso spese legali - a favore di soggetti in conflitto di interessi con l'ente pubblico.

Comportamenti contrari ai propri doveri d'ufficio e gravemente colposi - danno erariale.

Responsabilità componenti consiglio comunale - sussiste.

La disciplina del rimborso delle spese legali per cause promosse nei confronti di pubblici dipendenti per attività svolte nell'esercizio delle loro funzioni è differente, a seconda che si tratti di dipendenti statali, ovvero di dipendenti della regione o degli enti locali.

Nel caso in questione, afferente a dipendenti di enti locali, la materia è regolata dall'67 del d.P.R. 13.5.1987, n. 268, che dispone testualmente che:

“1). L'ente anche a tutela dei propri diritti e interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti di ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto d'interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento.

2) In caso di sentenza di condanna esecutiva per fatti commessi con dolo o colpa grave, l'ente ripeterà dal dipendente tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa in ogni grado di giudizio”.

Nel caso in esame non risulta che sia stata attivata in alcun modo la procedura prevista dall'art. 67 del d.P.R. 268/1987 (che, fra l'altro, deve garantire l'ente locale circa la scelta del professionista, anche in relazione ai possibili oneri cui dover far poi fronte).

E' anzi d'uopo sottolineare che in tale caso, considerato il tipo di reato per il quale l'amministratore dell'ente locale era chiamato a rispondere, tale procedura non risultava percorribile, emergendo manifesto quel “conflitto d'interessi“ cui fa riferimento la normativa vigente. La menzionata disciplina normativa impone all'Ente, prima di convenire di assumere a proprio carico ogni onere di difesa in un procedimento di responsabilità civile o penale aperto nei confronti di un proprio funzionario, di valutare la sussistenza delle seguenti circostanze essenziali:

1 - la necessità di tutelare i propri diritti e propri interessi e la propria immagine;

2 - la diretta connessione del contenzioso processuale alla carica espletata o all'ufficio rivestito dal pubblico funzionario;

3 - la non configurabilità di conflitto di interes-

si tra gli atti compiuti dal funzionario e l'ente. L'ente medesimo è sostanzialmente tenuto a ponderare i propri interessi nel quadro del pendente procedimento giudiziario, per assicurare una buona e ragionevole amministrazione delle risorse economiche e a tutela del proprio decoro e della propria immagine.

In tale quadro, l'obbligo gravante sull'ente di assumere le spese dei procedimenti penali in cui siano implicati i propri dipendenti o amministratori è strettamente legato alla circostanza che tali procedimenti riguardano fatti ed atti in concreto imputabili non ai singoli soggetti che hanno agito per conto della pubblica amministrazione, ma direttamente ad essa in forza del rapporto di immedesimazione organica.

La ponderazione degli interessi in gioco ai fini della rimborsabilità delle spese legali ai dipendenti pubblici o amministratori deve assumere particolare rigore.

L'assoluzione in sede penale perché il fatto non costituisce reato non equivale, assiomaticamente, a escludere che le condotte dei dipendenti non siano, comunque, in collisione con gli interessi dell'amministrazione di appartenenza.

Nel caso di specie la sentenza che mandava assolto (perché il fatto non costituisce reato) gli amministratori dell'ente locale inquisiti, è tale che in nessun modo è data constatarsi l'assenza del dolo o della colpa grave da parte dei consiglieri comunali... rendendo anzi ostensiva una palese collusione tra gli interessi dei singoli imputati nel processo penale e gli interessi dell'amministrazione locale.

Pertanto... In nessun modo era legittimo rimborsare, ai consiglieri comunali, le spese legali per il processo penale promosso nei loro confronti... I convenuti nel presente giudizio, che hanno rispettivamente istruito e deliberato gli atti con cui tali rimborsi sono stati effettuati, hanno dato corso, con colpa grave, ad un atto contrario ai propri doveri d'ufficio.

TAR Sardegna, Sez. I, 8.2.2011, n. 110

Ritardo inserimento vincitori concorso - responsabilità civile della PA.

Risarcimento dei danni esistenziali e per lucro cessante.

Sussiste il diritto al risarcimento dei danni a causa della illegittima pretermissione della ricorrente nella graduatoria finale del concorso

che le ha sicuramente impedito di svolgere il servizio in qualità di dirigente.

Quanto all'elemento soggettivo (imputabilità dell'evento dannoso a dolo o colpa dell'amministrazione agente) non può non osservarsi che la mancata assegnazione a parte ricorrente del punteggio spettante per il titolo come tempestivamente prodotto è da attribuire a colpa dell'amministrazione resistente, che ha tenuto un comportamento negligente in sede di omesso esame della documentazione prodotta; sussiste, nella fattispecie, anche il nesso di causalità tra l'omessa attribuzione del punteggio spettante e la mancata collocazione in posizione utile nella graduatoria del concorso a dirigente, con la consequenziale mancata percezione delle retribuzioni.

Al riguardo spettano sicuramente le differenze retributive e l'ammontare delle contribuzioni pensionistiche che in relazione a dette differenze retributive l'amministrazione avrebbe dovuto versare all'ente di previdenza obbligatoria; sulle predette somme dovranno essere riconosciuti gli interessi legali e la rivalutazione monetaria come per legge, atteso che sul dovuto a titolo di risarcimento del danno, che è debito di valore, competono rivalutazione monetaria e interessi nella misura legale fino al soddisfo.

Relativamente alla pretesa risarcitoria avente ad oggetto i danni esistenziali e di immagine conseguenti alla tardiva nomina dirigenziale ed all'espletamento delle relative funzioni, il Collegio la ritiene fondata, in quanto trattasi di danni direttamente conseguenti all'illegittimo operato dell'amministrazione e riferibili a lesioni di situazioni soggettive (diritti della personalità) pacificamente ritenute tutelabili in sede risarcitoria.

Trattandosi di danni che non è possibile provare nel loro preciso ammontare, gli stessi, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c., devono essere liquidati in via equitativa.

E' civilmente responsabile l'amministrazione che illegittimamente ritardi od ometta di inserire nella graduatoria dei vincitori di un concorso uno dei partecipanti aventi titolo. Quest'ultimo ha diritto al risarcimento dell'interesse legittimo leso, sempre che sussistano i presupposti previsti dall'art. 2043 c.c. e, in tema di liquidazione del danno, dall'art. 2056 c.c..

Verificata la sussistenza dell'elemento sogget-

tivo (imputabilità dell'evento dannoso a titolo di dolo o colpa dell'amministrazione), dell'evento, della lesione della situazione giuridica soggettiva protetta, nonché del nesso di causali-

tà tra condotta illecita ed evento dannoso, la PA è tenuta a risarcire non soltanto il danno da lucro cessante, ma anche quello esistenziale e di immagine.

«.....GA.....»

BILANCIO, TRIBUTI, FISCALITÀ DEGLI ENTI LOCALI, FINANZIAMENTI COMUNITARI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

LE CIRCOLARI MINISTERIALI IN MATERIA TRIBUTARIA NON SONO VINCOLANTI

La censura è fondata alla luce del principio affermato da questa Corte (sez. 5, sentenza n. 2133 del 14.2.2002) secondo cui le circolari ministeriali in materia tributaria non costituiscono fonte di diritti ed obblighi, per cui, qualora il contribuente si sia conformato ad un'interpretazione erronea fornita dall'amministrazione in una circolare (successivamente modificata), è esclusa soltanto l'irrogazione delle relative sanzioni, in base al principio di tutela dell'affidamento (Corte di Cass., ord. 6056/2011) (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

IL COMUNE PUÒ AGIRE IN AUTOTUTELA IN MANCANZA SIA DI FORMAZIONE DEL GIUDICATO CHE DELLA SCADENZA DEL TERMINE DECENNALE FISSATO PER L'ACCERTAMENTO

Passando all'esame dei requisiti inerenti al corretto esercizio del potere di autotutela, deve rimarcarsi che lo stesso presuppone la mancata formazione del giudicato e la mancata scadenza del termine decadenziale fissato per l'accertamento (Cass., 26.3.2010, n. 7335; Cass., 22.2.2002, n. 2531).

Richiamati, quanto al primo aspetto, i caratteri propri della cessazione della materia del contendere, inidonea al fine della formazione di un giudicato preclusivo, costituendo la stessa, nel caso di specie, un'ovvia conseguenza della caducazione del primo provvedimento, determinata proprio dall'esercizio

del potere di autotutela (laddove la stessa declaratoria di nullità del primo provvedimento, eventualmente pronunciata, si considera priva di efficacia sostanziale nei confronti del nuovo provvedimento, immune da vizi: Cass., 14.5.2007, n. 10949), occorre soffermarsi sulla questione inerente alla dedotta decadenza dal potere di accertamento. 2.7 - A tal fine va considerato che la relativa deduzione, non sorretta da alcuna esplicitazione, non tiene evidentemente conto nè del periodo biennale di proroga dei termini dell'accertamento ai sensi della l. n. 413 del 1991, art. 57, co. 2, nè della circostanza che il periodo entro in quale poteva legittimamente procedersi all'accertamento, secondo la disciplina applicabile ratione temporis, era di cinque anni. Infatti la riduzione di detto termine a quattro anni, disposta dal d. lgs. n. 241 del 1997, art. 15, si applica, come dispone il successivo art. 16, alle dichiarazioni presentate a decorrere dal 1.1.1999 (Cass., 20.6.2007, n. 14377). Pertanto, trattandosi di dichiarazione dei redditi presentata nell'anno 1990, il potere di autotutela, mediante atto notificato in data 9.9.1997, risulta esercitato - tenuto conto della menzionata sospensione l. n. 413 del 1991, ex art. 57, - nel rispetto del termine di decadenza previsto per l'accertamento dalla normativa di riferimento (Corte di Cass., V, 4372/2011) (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

RISPETTO ALLE SPESE PER INCARICHI DI STUDIO E CONSULENZA, I FINANZIAMENTI COMUNITARI O PRIVATI - CHE NON COMPORTANO ALCUN AGGRAVIO PER IL BILANCIO

DELL'ENTE - NON SONO DA RICOMPRIENDERE NEL COMPUTO DELLE SPESE DI PERSONALE DA ASSOGGETTARE AL LIMITE DI CONTENIMENTO

Con riferimento alla composizione della spesa per studi e consulenze è da ritenere che debbano escludersi dal computo gli oneri coperti mediante finanziamenti aggiuntivi e specifici trasferiti da altri soggetti pubblici o privati. Diversamente si finirebbe con l'impedire le spese per studi o consulenze, seppur integralmente finanziate da soggetti estranei all'ente locale (stante la provenienza comunitaria, statale o privatistica delle risorse), in ossequio al principio della universalità del bilancio ed al rispetto del tetto di spesa programmato. Il tetto di spesa per studi e consulenze non avrebbe la funzione di conseguire dei risparmi sul bilancio del singolo ente, ma di ridurre tout court, le spese connesse a suddette prestazioni, a prescindere dall'impatto sul bilancio dell'ente. Viceversa, atteso che le suddette spese, ove inserite in un proficuo quadro programmatico, possano incrementare le competenze e le conoscenze dell'ente locale, non v'è ragione di includere nel computo delle spese per studi e consulenze quanto finanziato con le risorse dianzi indicate. Pertanto le spese per studi e consulenze alimentate con risorse provenienti da enti pubblici o privati estranei all'ente affidatario, non devono computarsi nell'ambito dei tetti di cui all'art. 6, co. 7 del d. l. n. 78 del 2010, convertito in legge con la l. n. 122 del 2010.

Tale esclusione, ovviamente, non incide sul principio di onnicomprensività del trattamento economico dei dirigenti e dei dipendenti pubblici, per i quali, invece, la provenienza dei finanziamenti per attività comunque riconducibili all'interno delle funzioni istituzionali deve ritenersi indifferente (Corte Conti SS.RR. 7/2011) (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

PATTO DI STABILITÀ INTERNO 2011-2013: ART. 1 CO. 87 E SS. L. 220/2010 - LEGGE DI STABILITÀ ANNO 2011 - MODALITÀ DI CALCOLO DEGLI

OBIETTIVI INERENTI IL PATTO DI STABILITÀ INTERNO 2011-2013 - MEF - PRECISAZIONI IN ORDINE ALLE MODALITÀ DI CALCOLO DEI SALDI

In termini procedurali nel dettaglio si procederà: a) L'ente attraverso il modello disponibile sul sito WEB del MEF Ragioneria Generale dello Stato dovrà, inserire, nelle celle indicate con le lettere (a), (b) e (c) l'importo degli impegni di spesa corrente registrato, rispettivamente, negli anni 2006, 2007 e 2008. L'applicazione, automaticamente, determinerà i saldi obiettivi "provvisori" per ciascuno degli anni 2011, 2012 e 2013, effettuando il calcolo del valore medio della spesa corrente e applicando a quest'ultimo le percentuali di cui sopra. b) il saldo determinato è ridotto, per ogni anno di riferimento, di un valore pari alla riduzione dei trasferimenti erariali disposta dal co. 2 dell'art. 14 del d.l. n.78/2010. c) si procede alla determinazione del fattore di correzione. Per il solo anno 2011, ai fini del calcolo del valore dell'obiettivo finale è stato introdotto un fattore di correzione che opera in base al seguente assunto: gli enti che, a seguito dell'applicazione del nuovo metodo di calcolo, riscontrano un obiettivo peggiore (maggiore) rispetto a quello ottenuto applicando le regole della legislazione previgente, lo migliorano (riducono) per un importo pari alla metà della distanza fra l'obiettivo "nuovo" e l'obiettivo "vecchio"; viceversa, per gli enti che, in base alla nuova normativa, riscontrano un obiettivo migliore (inferiore) rispetto a quello calcolato secondo le regole previgenti, lo peggiorano (incrementano) per un importo pari alla metà della distanza fra l'obiettivo "nuovo" e l'obiettivo "vecchio" (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

MINISTERO INTERNO DECRETO 15.2.2011: ENTRO IL 28.4.2011 GLI ENTI LOCALI DOVRANNO PREDISPORRE E TRASMETTERE IL CERTIFICATO DEL BILANCIO DI PREVISIONE PER L'ANNO 2011 SECONDO IL MODELLO E LE MODALITÀ PRECISATE NEL DECRETO

IL DIRETTORE CENTRALE ... DECRETA

Art. 1 (Approvazione modelli di certificazione, soggetti tenuti agli adempimenti e termini per la trasmissione) 1. Sono approvati i modelli di certificato del bilancio di previsione per l'anno 2011, allegati al presente decreto, che gli enti locali sono tenuti a predisporre e trasmettere entro il 28.4.2011. 2. I comuni e le comunità montane della regione Valle d'Aosta sono tenuti a compilare e trasmettere esclusivamente le sezioni (quadri) del certificato di cui all'allegato tecnico.

Art. 2 (trasmissione dei certificati tramite posta elettronica certificata) 1. La trasmissione del certificato dovrà avvenire, per tutti gli enti locali, esclusivamente tramite posta elettronica certificata e firma digitale dei sottoscrittori e, pertanto, non è più prevista alcuna trasmissione per via cartacea. 2. Ai fini della predisposizione del certificato non è più richiesta l'omologazione ministeriale del software, fermo restando l'esigenza di attenersi accuratamente a tutte le indicazioni e istruzioni previste.

Art. 3 (Istruzioni per la trasmissione) 1. Gli enti locali che dovranno adempiere per la prima volta alla trasmissione delle certificazioni tramite la propria casella di posta elettronica certificata devono fare richiesta alla Direzione centrale della finanza locale, entro e non oltre il 15.3.2011, all'indirizzo di posta finanzalocale.prot@pec.interno.it della Userid e la password necessari per poter accedere alla trasmissione elettronica del certificato (TBEL). 2. Gli enti locali ricevute Userid e password trasmettono, tramite posta elettronica certificata, unicamente il documento elettronico in formato xlm, entro il 28.4.2011 direttamente alla Direzione centrale della finanza locale al seguente indirizzo di posta elettronica finanzalocale.prot@pec.in-terno.it e riceveranno comunicazione circa il buon esito della trasmissione sulla stessa casella di posta elettronica certificata.

Art. 4 (Adempimenti circa la trasmissione, specifiche tecniche e prescrizioni a carattere generale) 1. I dati finanziari delle certificazioni devono essere espressi in euro e vanno riportati con doppio "zero" dopo la virgola e l'arrotondamento dell'ultima unità è effettuato per eccesso, qualora la prima cifra deci-

male sia superiore o uguale a cinque e per difetto, qualora la prima cifra decimale sia inferiore a cinque.

Art. 5 (Sottoscrizione della certificazione) 1. Il Segretario, il responsabile del servizio finanziario nonché l'organo di revisione economico-finanziaria provvederanno a sottoscrivere, con firma digitale, la certificazione.

Art. 6 (Divulgazione dei dati) 1. I dati delle certificazioni del bilancio di previsione per l'anno 2011 verranno divulgati sulle pagine del sito internet della Direzione centrale della finanza locale www.finanzalocale.interno.it (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO. NOTA 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'articolo 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). Al fine di supportare gli enti locali nell'individuazione dell'obiettivo programmatico in base alle nuove disposizioni

del patto di stabilità interno 2011-2013, la Ragioneria Generale dello Stato ha predisposto sul sito dedicato al patto di stabilità interno un modello di calcolo degli obiettivi programmatici in formato excel, in cui è indicata la nuova procedura da seguire per l'individuazione dei saldi obiettivo 2011-2013. Le amministrazioni interessate potranno, quindi, individuare il proprio obiettivo inserendo nelle caselle attive (non colorate) i dati richiesti dal citato modello di calcolo. La procedura di calcolo sarà aggiornata non appena sarà emanato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e d'intesa con la Conferenza Stato-Città e le autonomie locali, previsto dal co. 93 dell'art. 1 della l. n. 220/2010, che stabilirà le misure correttive finalizzate anche a distribuire, in modo equo, il contributo degli enti alla manovra richiesta dalle regole del patto di stabilità interno.

La procedura per la determinazione del saldo obiettivo per l'anno 2011 è costituita da quattro fasi, di seguito elencate e schematizzate negli Allegati OB/11/P e OB/11/C (utili per il calcolo del saldo obiettivo espresso in termini di competenza mista) relativi, rispettivamente, alle province ed ai comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

SULLE SOMME INCASSATE DAL COMUNE PER I CANONI DI CON-

CESSIONE DEGLI IMPIANTI PUBBLICITARI DI SUA PROPRIETÀ, IL COMUNE DEVE APPLICARE L'IVA SE OPERA COME UN PRIVATO

... La Corte precisa, infatti, che il non assoggettamento ad IVA degli enti pubblici dipende dalle "modalità di esercizio delle attività" rese dagli stessi enti e, in particolare, dalla circostanza, valutata con riferimento al regime giuridico applicato in base al diritto nazionale, che detti enti agiscano in quanto soggetti di diritto pubblico o in quanto soggetti di diritto privato. In sostanza, è necessario verificare se il rapporto fra l'ente pubblico e il soggetto con il quale detto ente opera sia caratterizzato "dall'esercizio di poteri di natura unilaterale e autoritativa o se si svolga su base sostanzialmente pattizia, attraverso una disciplina che individui, in via bilaterale, le reciproche posizioni soggettive" (cfr. risoluzioni n. 348/E del 2008 e n. 122/E del 2009).

Quanto sopra rappresentato, con riferimento alle fattispecie oggetto di interpello, al fine di verificare la ricorrenza o meno del carattere di pubblica autorità dell'attività posta in essere dal comune istante, occorre esaminare, con riferimento ad ambedue le fattispecie prospettate dall'ente interpellante, i profili che contraddistinguono il rapporto tra detto ente e i soggetti affidatari della gestione degli impianti pubblicitari sulla base degli elementi desumibili dall'istanza e dalla documentazione allegata (Agenzia delle Entrate Risoluzione 139/E/2010) (Red. Paolo Romani).

«..... GA.....»

REDAZIONALI

RUOLO E FUNZIONI DEL CONSIGLIO TRIBUTARIO

del Prof. Avv. Enrico Michetti

Il Consiglio Tributario nel nuovo sistema di fiscalità

L'art. 18 del d.l. n. 78/2010, in vigore dal 31.5.2010, convertito nella l. 30.7.2010 n. 122 ha previsto ai fini dell'attuazione dell'art. 44 del d.P.R. 29.9.1973, n. 600 e dell'art. 1 del d.l. 30.9.2005, n. 203, convertito con modificazione dalla l. 2.12.2005, n. 248, in materia di partecipazione dei comuni all'attività di accertamento e al contrasto all'evasione fiscale e contributiva, tra l'altro, la costituzione obbligatoria del Consiglio tributario in tutti i comuni, riconoscendo a quest'ultimi una quota pari al 33% delle maggiori somme riscosse a titolo definitivo afferenti controlli fiscali effettuati con la fattiva collaborazione dell'ente locale.

Questo organo collegiale, già previsto dal decreto luogotenenziale n. 77 del 8.3.1945 tutt'ora in vigore, deve essere istituito secondo cadenze temporali e precipe modalità espressamente e suindicate dall'art. 18 citato.

Più precisamente l'art. 18 citato prevede che:

a) i comuni con popolazione superiore a cinquemila abitanti sono tenuti ad istituire, laddove non vi abbiano già provveduto, il Consiglio tributario. A tal fine, il regolamento per l'istituzione del Consiglio tributario è adottato dal Consiglio comunale entro il termine di 90 giorni dall'entrata in vigore del d.l. ovvero entro il 28.8.2010 (co. 2, lett. a);

b) i comuni con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, laddove non abbiano già istituito il Consiglio tributario, sono tenuti a riunirsi in consorzio, ai sensi dell'art. 31 del d. lgs. n. 267/2000 per la successiva istituzione del Consiglio tributario.

A questo fine, la relativa convenzione, uni-

tamente allo statuto del Consorzio, è adottata dai rispettivi Consigli comunali per l'approvazione entro il termine di 180 giorni dalla entrata in vigore della relativa disposizione ovvero entro il 26.11.2010. (co. 2, lett. b).

Tale comma, peraltro, appare in stridente contrasto con la Finanziaria 2010 (combinato disposto degli artt. 2, co. 186, lett. e) l. 23.12.2009 n. 191 e art. 1, co. 2 d.l. 25.1.2010 n.2) che ha previsto l'abolizione dei consorzi a decorrere dal 2011 con efficacia dal rinnovo di ciascun Consiglio comunale.

In ogni caso giova sottolineare che la violazione dei termini sopra indicati di 90 e 180 giorni (peraltro nella maggior parte già disattesi dai comuni) non è prevista alcuna sanzione con la conseguenza che trattasi di termini ordinatori non perentori.

Per quanto attiene ai **criteri per la costituzione e composizione** del Consiglio tributario in mancanza di elementi emergenti dall'art. 18 occorre far riferimento al decreto luogotenenziale 77/45 tutt'oggi in vigore.

Sul punto vengono, quindi in rilievo le seguenti disposizioni:

- 1) art. 2, co. 2 ultimo capoverso: *“in ogni caso alla minoranza spettano nei Consigli e nei Comitati tributari due seggi su cinque”*;
- 2) art. 2 co. 3: *“Sono eleggibili a membri del Consiglio e dei Comitati Tributari tutti gli elettori iscritti nelle liste, i quali sappiano leggere e scrivere ad eccezione: a) dei dipendenti dell'amministrazione provinciale delle imposte dirette e delle tasse ed imposte indirette sugli affari, in attività di servizio, in aspettativa o in disponibili-*

tà; b) dei condannati per violazioni delle leggi finanziarie costituente delitto; c) dei contribuenti morosi per sei rate consecutive al pagamento di imposta erariale o locale definitivamente accertate, finché dura lo stato di morosità e di coloro che non siano assoggettati ad alcuna imposta diretta fino a quando perdura lo stato di non contribuente. Non possono far parte dello stesso Consiglio o Comitato tributario persone in rapporto di parentela o di affinità entro il terzo grado. La qualità di componente il Consiglio o il Comitato è incompatibile con quella di consigliere comunale e provinciale”. Detti criteri di ineleggibilità e incompatibilità possono, peraltro, essere ulteriormente integrati dal Comune come per esempio già il regolamento del Comune di Torino del 1977 e poi del 1986 che ha tra l’altro, altresì escluso “ i membri e i segretari delle commissioni tributarie di primo e secondo grado; - le persone che svolgono abitualmente attività di assistenza e rappresentanza (dei contribuenti) dinanzi agli uffici finanziari di associazioni ed alle commissioni tributarie, sia professionalmente che come funzionari di associazioni di categoria... Sono altresì escluse le persone che svolgono abitualmente attività di rappresentanza dei contribuenti in materia tributaria dinanzi le sedi giudiziarie”.

Per quanto attiene invece alle **funzioni** del Consiglio, l’art. 18 prevede:

a) co. 2: “ai fini della partecipazione di cui al co. 1 (attività di accertamento contributivo), consistente, tra l’altro, nella segnalazione all’Agenzia delle Entrate, alla Guardia di Finanza e all’INPS di elementi utili ad integrare i dati contenuti nelle dichiarazioni presentate dai contribuenti per la determinazione di maggiori imponibili fiscali e contributivi”;

b) in occasione della loro prima seduta successiva alla data di entrata in vigore del d.l. *de quo*, i Consigli tributari deliberano “in ordine alle forme di collaborazione con l’Agenzia del territorio ai fini della attuazione del co. 12 dell’art. 19”, norma quest’ultima diretta all’emersione degli immobili non accatastati che l’Agenzia del Ter-

ritorio attua, sulla base di nuove informazioni emergenti da verifiche tecnico amministrative, da tele rilevamento e/o da sopralluogo sulle aree, provvedendo ad avviare un monitoraggio costante del territorio, individuando, in collaborazione con i comuni, ulteriori fabbricati che non risultano dichiarati in Catasto.

c) Inoltre i comuni potranno avvalersi del Consiglio Tributario anche in funzione consultiva e di ausilio nell’esame degli accertamenti sintetici *ex art. 38, co. 4 e ss, d.P.R. n. 600/73 (art. 44, coo. 2 e 4, d.P.R. 600/73 modificato dall’art. 18)*. In particolare trattasi della cooperazione dei comuni con l’Agenzia delle Entrate nell’ambito dell’accertamento da cd “*redditometro*” vale a dire l’accertamento sintetico del reddito delle persone fisiche basato sull’effettiva capacità contributiva del singolo. Per quanto attiene alle modalità procedurali:

a) l’Agenzia delle Entrate mette a disposizione dei comuni le dichiarazioni dei redditi dei contribuenti residenti;

b) prima dell’emissione degli avvisi di accertamento (art. 38, co. 4 e ss) invia una segnalazione ai comuni di domicilio fiscale dei soggetti passivi;

c) il comune di domicilio fiscale del contribuente entro 60 giorno dalla ricezione della segnalazione trasmette ogni elemento in suo possesso utile alla determinazione del reddito complessivo. A tal fine il Comune ai sensi dell’art. 44 d.P.R. 600/73 come modificato dall’art. 18 oggetto della presente trattazione può segnalare all’Agenzia delle entrate “*qualsiasi integrazione degli elementi contenuti nelle dichiarazioni presentate dalle persone fisiche ai sensi dell’art. 2, indicando dati, fatti ed elementi rilevanti e fornendo ogni idonea documentazione atta a comprovarla. Dati fatti ed elementi rilevanti, provati da idonea documentazione, possono essere segnalati dal comune anche nel caso di omissione della dichiarazione*”. Il comune peraltro per detti adempimenti può richiedere dati e notizie alle amministrazioni ed enti pubblici che hanno obbligo di rispondere gratuitamente.

Giova sottolineare che le segnalazioni dei

comuni all'Agenzia delle entrate deve essere effettuata mediante "segnalazione qualificata" ovvero segnalazioni ben circoscritte di tutte quelle notizie atti, dati, negozi, o situazioni che possano indicare un alto potenziale di evasione.

Un caso esemplificativo di segnalazione qualificata potrebbe essere il seguente: l'Arch. Mario Rossi (contribuente titolare di partita iva) nel periodo di imposta x ha un volume d'affari inferiore rispetto alla mole di attività professionale espletate presso il comune ove risultano presentate n. 30 pratiche edilizie a firma di detto Architetto che vanno, quindi, allegate alla segnalazione.

Le informazioni che può utilizzare il comune sono poi le più svariate quali permessi edilizi, dia, scia per ristrutturazioni, tassa occupazione del suolo pubblico, richiesta di un posto barca, utenze ici, tarsu, idriche elettriche, del gas ecc..

In ordine alle aree di intervento, (commercio, urbanistica e territorio, patrimonio...) Il comune potrà procedere a titolo esemplificativo nelle segnalazioni relative a soggetti residenti che :

1. svolgono un attività ma non hanno partita iva;
2. nella dichiarazione fiscale risulta una attività diversa da quella effettivamente svolta sul territorio comunale;
3. hanno proceduto alla realizzazione di fabbricati non autorizzati. Si pensi all'imprenditore edile che non presenta dichiarazione di redditi ma ha realizzato abusivismo edilizio.
4. hanno la disponibilità dei beni e servizi di rilevante valore economico di cui alla tabella allegata al d.m. 10.9.1992 come sostituita dal d.m. 19.11.1992 in assenza di redditi dichiarati con riferimento a tutti i componenti del nucleo familiare.

Sono state inoltre apportate modifiche al d.l. n. 203/2005 in materia di contrasto fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria.

Infatti a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 18 d.l. n. 78/2010 la partecipazione dei comuni all'attività di contrasto all'evasione non è più solo circoscritta all'accertamento fiscale, ma anche a quello contributi-

vo e viene accresciuto dal 30 al 33% (co. 6 art. 18) l'incentivo riconosciuto ai comuni per le maggiori somme riscosse a titolo definitivo. Inoltre ai sensi del co. 7 dell'art. 18 citato viene altresì riconosciuta la suddetta quota del 33% anche per le sanzioni civili applicate sui maggiori contributi riscossi dai comuni che abbiano contribuito all'accertamento. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e d'intesa con la conferenza unificata sono individuati i tributi su cui calcolare la quota del 33% e le sanzioni civili spettanti ai comuni che abbiano contribuito all'accertamento.

Ai sensi del co. 9 del citato art. 18 gli importi che lo Stato riconosce ai comuni a titolo di partecipazione all'accertamento sono calcolati al netto delle somme spettanti ad altri enti ed alla Unione Europea. Sulle quote delle maggiori somme in questione che lo Stato trasferisce alle regioni a statuto ordinario, a quelle a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, spetta ai predetti enti riconoscere ai comuni le somme dovute a titolo di partecipazione all'accertamento.

Per rendere effettiva la collaborazione dei comuni alla lotta all'evasione è prevista la possibilità di accedere alle banche dati con particolare riferimento alle dichiarazioni fiscali dei cittadini residenti.

I comuni peraltro, potranno avvalersi per tali attività di società ed enti partecipati dai comuni nonché dai soggetti affidatari delle entrate comunali. L'accesso alle banche dati e le modalità integrative sono determinate con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, mentre le ulteriori materie dove i comuni possono partecipare all'accertamento fiscale e contributivo, sono individuate con provvedimento adottato d'intesa con il direttore dell'Agenzia del territorio.

Da ultimo relativamente alla determinazione dei compensi dei componenti il Consiglio Tributario interessante, si palesa il regolamento del comune di Alessandria che, ai fini della determinazione del compenso dei componenti del Consiglio (nel numero ridotto a sette), ha escluso qualsivoglia gettone di presenza, riconoscendo il diritto a ricevere il 10%, con un incremento del 5% per il Presi-



dente, delle somme, relative a tributi statali e sanzioni, che l'erario riscuote a titolo definitivo e che provvede a trasferire al comune.

Al compenso è applicato anche un tetto massimo mensile pari a un quarto dell'indennità prevista per il Sindaco.

«.....GA.....»

FOCUS SUL DECRETO MILLEPROROGHE

del Dott. Michele Scognamiglio

Il d.l. 29.12.2010, n. 225 convertito nella l. 10/2011 detta disposizioni in ordine alla proroga di alcuni termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie. Il testo introduce anche nuove previsioni in grado di incidere direttamente sulla redazione dei bilanci per l'anno 2011 da parte degli enti locali

Accisa Enel.

L'art. 2 co. 2 *bis* prevede che nelle more della completa attuazione delle disposizioni di carattere finanziario in materia di ciclo di gestione dei rifiuti, la copertura integrale dei costi diretti e indiretti dell'intero ciclo di gestione dei rifiuti può essere assicurata, anche in assenza di una dichiarazione dello stato di emergenza e anche in deroga alle vigenti disposizioni in materia di sospensione, sino all'attuazione del federalismo fiscale, con le seguenti modalità:

a) i comuni possono deliberare un'apposita maggiorazione dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica con maggiorazione non superiore al vigente importo della predetta addizionale;

b) le province possono deliberare un'apposita maggiorazione dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica con maggiorazione non superiore al vigente importo della predetta addizionale.

Addizionale comuni - regione Campania.

Analogamente per i soli comuni della Regione Campania il successivo co. 2 *ter* prevede che gli stessi destinatari della riduzione dei trasferimenti erariali per far fronte ai debiti con il commissariato ai rifiuti ferma la facoltà prevista dal co. 2 *bis*, lett. b), del presente articolo, deliberano, a decorrere dall'anno 2011, anche in assenza di una dichiarazione dello stato di emergenza, possano procedere a deliberare un'apposita maggiorazione dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica, con un'aliquota indifferenziata e un gettito non inferiore all'importo annuale dei trasferimenti ridotti, incrementato fino al 10 per cento.

Proroga denuncia case ex rurali o non accatastate.

L'art. 2 co. 5 *bis* proroga il termine del 31.12.2010 previsto per la regolarizzazione delle case cosiddette Fantasma fino alla data del 30.4.2011.

Conseguentemente, in considerazione della massa delle operazioni di attribuzione della rendita presunta, l'Agenzia del territorio notifica gli atti di attribuzione della predetta rendita mediante affissione all'albo pretorio dei comuni dove sono ubicati gli immobili.

Dell'avvenuta affissione è data notizia con comunicato da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, nel sito internet dell'Agenzia del territorio, nonché presso gli uffici provinciali ed i comuni interessati.

Trascorsi sessanta giorni dalla data di pubblicazione del comunicato nella Gazzetta Ufficiale, decorrono i termini per la proposizione del ricorso dinanzi alla commissione tributaria provinciale competente.

In deroga alle vigenti disposizioni, la rendita catastale presunta e quella successivamente dichiarata come rendita proposta o attribuita come rendita catastale definitiva producono effetti fiscali fin dalla loro iscrizione in catasto, con decorrenza dal 1.1.2007, salva la prova contraria volta a dimostrare, in sede di autotutela, una diversa decorrenza.

I tributi, erariali e locali, commisurati alla base imponibile determinata con riferimento alla rendita catastale presunta, sono corrisposti a titolo di acconto e salvo conguaglio. Le procedure previste per l'attribuzione della rendita presunta si applicano anche agli immobili non dichiarati in catasto, individuati a far data dal 2.5.2011.

Componenti dell'OIV collocati fuori ruolo a domanda.

L'art. 2 co. 12 *decies*, al fine di garantire, senza pregiudizio per le amministrazioni di provenienza la prosecuzione della attività,

consente ai componenti dell'organismo unico di valutazione - OIV- di essere collocati fuori ruolo se ne fanno richiesta.

La facoltà di essere collocati fuori ruolo, su richiesta, si applica anche ai componenti in carica alla data di entrata in vigore della l. 10/2011, continuando ad operare fino al termine del mandato.

Proroga fino al 20.3.2012 entrata in vigore della conciliazione per le controversie su condomini e incidenti stradali.

L'art. 2 co. 16 *decies* proroga il termine di entrata in vigore dell'istituto della mediazione civile per le sole controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

Debiti fiscali proroga dei pagamenti dei debiti fiscali fino a 72 rate anche per i morosi e inadempienti.

Il successivo co. 20 dell'art. 2 prevede che le dilazioni concesse, per i debiti fiscali e interessate dal mancato pagamento della prima rata o, successivamente, di due rate, possono essere prorogate per un ulteriore periodo e fino a settantadue mesi a condizione che il debitore compri un temporaneo peggioramento della situazione di difficoltà posta a base della concessione della prima dilazione.

Imposta di registro.

Il termine di cinque anni, per gli atti di trasferimento di immobili compresi in piani urbanistici particolareggiati è prorogato di tre anni. Termine entro cui è finalizzato il trasferimento di proprietà per l'applicazione dell'imposta di registro nella misura dell'1%.

Rimborsi elettorali.

L'art. 2 co. 24 prevede che il termine per la presentazione della richiesta dei rimborsi delle spese per le consultazioni elettorali relative al rinnovo dei Consigli delle regioni a statuto ordinario del 28 e 29.3.2010, è stato differito al 26.3.2011.

Le quote di rimborso relative all'anno 2010 maturate a seguito della richiesta presentata sono corrisposte in un'unica soluzione, entro quarantacinque giorni dalla data di scadenza del predetto termine.

Dipendenti pubblici.

I coo. 30 - 31 e 32 consentono al dipendente pubblico di essere reintegrato in servizio "dalla data della sentenza definitiva di proscioglimento o del decreto di archiviazione per infondatezza della notizia di reato".

Tuttavia l'applicazione di misura e tutela non può derivare una permanenza in servizio superiore di oltre cinque anni ai limiti massimi previsti dai rispettivi ordinamenti.

Patto di stabilità regioni ed enti locali.

Il co. 33 dell'art. 2 integra la disciplina dettata in materia di patto di stabilità interno prevedendo che:

- ai fini della determinazione degli obiettivi di ciascuna regione, le spese sono valutate considerando le spese correnti riclassificate secondo la qualifica funzionale "Ordinamento degli uffici. Amministrazione generale ed organi istituzionali" ponderate con un coefficiente inferiore a 1 e le spese in conto capitale ponderate con un coefficiente superiore a 1. La ponderazione è determinata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze;
- Le regioni definiscono criteri di virtuosità e modalità operative previo confronto in sede di Consiglio delle autonomie locali e, ove non istituito, con i rappresentanti regionali delle autonomie locali;
- Gli enti locali dichiarano all'ANCI, all'UPI, alle regioni e alle province autonome, entro il 15 settembre di ciascun anno, l'entità dei pagamenti che possono effettuare nel corso dell'anno. Entro il termine del 31 ottobre, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano 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.

Indebitamento e bilanci enti locali.

L'art. 204, co. 1, del testo unico di cui al d. lgs. 18.8.2000, n. 267, è stato modificato prevedendo che gli enti locali non possono far ricorso ad indebitamenti allorquando l'incidenza percentuale degli interessi sui primi tre titoli dell'entrata è superiore al 12 per cento per l'anno 2011, al 10 per cento per l'anno 2012 e all'8 per cento a decorrere dall'anno 2013".

Dismissioni partecipate.

Ai fini dell'applicazione delle misure di dismissione delle quote societarie il termine ultimo è fissato "entro il 31.12.2013".

Tali disposizioni non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite:

- a) abbiano, al 31.12.2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi;
- b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;
- c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

Parchi.

Fino alla data di entrata in vigore di ciascuna legge regionale di riordino e comunque non oltre il 31.12.2011, i consorzi di funzioni costituiti per la gestione degli enti parco istituiti con legge regionale sono esclusi dall'applicazione della disposizione di cui all'art. 2, co. 186, lett. e), della l. 23.12.2009, n. 191.

Trasferimenti erariali.

Entro il mese di marzo 2011, il Ministero dell'interno corrisponde, a titolo di acconto, in favore dei comuni appartenenti alle regioni a statuto ordinario, una somma pari ai pagamenti effettuati nel primo trimestre 2010.

Detto acconto, per la parte imputabile ai trasferimenti oggetto di fiscalizzazione, è portato in detrazione dalle entrate spettanti ai predetti comuni.

Sono prorogate per l'anno 2011 le disposizioni in materia di compartecipazione provinciale al gettito dell'imposta sul reddito delle persone fisiche

Incedibilità dei trattamenti di fine rapporto.

Fino alla data di cessazione del rapporto di lavoro e del relativo rapporto previdenziale, i trattamenti di fine servizio (indennità di buona uscita, indennità di anzianità, indennità premio di servizio) non possono essere ceduti" a terzi da parte dei dipendenti pubblici.

Anatocismo bancario.

In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa.

In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

IL FEDERALISMO DEMANIALE DECLINATO IN GESTIONE ATTIVA DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E CONSEGUENTI RICADUTE FINANZIARIE E SOCIALI

del Dott. Stefano Olivieri Pennesi

Lettura comparata della l. 42/2009 con il d. lgs 85/2010 con particolare riguardo al d.l. 78/2010 convertito in l. 122/2010 – valorizzare e/o dismettere immobili pubblici quale opportunità problematicità complessità e ricadute sulle finanze degli Enti territoriali.

In materia di federalismo demaniale, con la realizzazione dello schema di decreto legislativo pertinente, si è dato un decisivo contributo all'avvio della procedura per regolamentare il trasferimento di una considerevole quantità del patrimonio immobiliare dello Stato, a beneficio degli enti territoriali.

Si tratta quindi, sostanzialmente, di una mera devoluzione di patrimonio finalizzata all'utilizzo ottimale di beni pubblici, da parte degli enti territoriali, basata su criteri economici indirizzati ad una allocazione tendente alla migliore redditività previo sfruttamento e/o valorizzazione-ottimizzazione di beni immobili di che trattasi.

Parliamo, quindi, di uno strumento atto a fornire nuove opportunità alle autonomie locali, in modo particolare ai comuni, al fine anche di pervenire ad una maggiore e sostanziale "autarchia finanziaria".

Ovviamente, per giungere ad una fattiva e qualificante operazione complessiva ed includente, l'individuazione di un elenco di beni da trasferire, a cura delle amministrazioni Centrali, deve vedere ridotto all'essenziale quella parte di patrimonio immobiliare e non solo, di particolare valore e pregio, che si intende escludere dalla cessione a beneficio delle autonomie territoriali.

La suddetta operazione si sta dimostrando, nei fatti, particolarmente complessa anche alla luce di una oggettiva tendenza da parte dei Ministeri, direttamente titolari o usufruttuari di patrimonio, ad escludere dal novero della cessione quei beni di rilevante valore e pregio nel tentativo di farli permanere nelle disponibilità delle amministrazioni centrali.

Il federalismo demaniale si ispira ad un "paradigma" per il quale, a fronte di una gestione lacunosa e non virtuosa da parte dell'amministrazione sovrana sui beni direttamente impiegati e amministrati, è possibile correggere il cattivo sfruttamento delle dotazioni immobiliari delocalizzando, previo conferimento diretto alle autonomie territoriali, la gestione, sfruttamento e valorizzazione di questo considerevole patrimonio.

Tale architettura istituzionale si sostanzia, al contempo, con il progressivo decentramento di una serie di funzioni pubbliche in capo a regioni ed enti locali, decentramento questo che contempla dualmente tributi devoluti, ovvero trasferimento di autonomia impositiva e fiscalità immobiliare (tassa di soggiorno, imposta di scopo, imposta municipale unica – IMU, cedolare secca sugli affitti, quota Irpef sui redditi fondiari, IVA comunale, ecc.) con il sopra rappresentato conferimento demaniale quale "capitale materiale" vale a dire beni immobiliari *tout court*.

I fondamenti della scelta intrapresa dal legislatore si radicano nel convincimento che gli attuali standard di efficientamento dei beni immobili, detenuti dallo Stato centrale, non garantiscono il loro pieno ed ottimale utilizzo.

Cosa questa che probabilmente migliorerebbe se l'amministrazione e l'impiego dei medesimi beni fosse posta sotto l'egida degli Enti territoriali, ovviamente ed inevitabilmente più inclini ad attuare una valorizzazione maggiormente proficua per le esigenze delle comunità locali.

La modalità di conferimento dei beni immobiliari dello Stato vengono estrinsecati in due momenti.

In una prima fase lo Stato redige un elenco di beni da devolvere, in favore delle autonomie locali, scegliendo tra la totalità del proprio patrimonio disponibile.

Nella seconda fase gli enti locali espungono, da detto elenco disponibile, quei beni che intendono farsi effettivamente assegnare.

E' evidente che, il maggior ampliamento possibile della lista dei beni statali trasferibili alle regioni ed enti locali, oggetto di approvazione da parte della Conferenza Stato-Regioni e Stato-Città e autonomie locali, nonché l'oggettiva qualità intrinseca degli stessi beni, è il naturale presupposto di una scelta di reale condivisione prospettica delle strategie federaliste.

La particolare cura, destinata a questo momento, si può evincere anche dal fatto che fino ad oggi, l'Agenzia del Demanio, ha prodotto la terza stesura e pubblicazione di detto nuovo elenco di beni in uso al ministero della difesa e delle aree di demanio marittimo, alla luce delle esigenze opportunamente "motivate" per oggettiva e effettiva destinazione a finalità istituzionali.

L'entità e la delicatezza dell'operazione è tale da richiedere attenti approfondimenti che il Governo intende attuare promuovendo, in sede di Conferenza unificata, la verifica delle eventuali eccezioni avanzate e segnalazioni di inesattezze da parte degli enti locali interessati.

Nella individuazione dei beni immobili di conferimento si dovrà tenere conto di alcuni principi cardine generali come: la valorizzazione ambientale, la qualificazione e redditività finanziaria, la territorialità, la sussidiarietà, l'adeguatezza, lo stato di conservazione, ecc. ma anche dalla appartenenza a categorie differenti quali: il demanio marittimo, spiagge, darsene, porti; demanio idrico, laghi, fiumi; miniere, cave, torbiere; aeroporti urbani minori, ecc.

L'ultima parola quindi spetterà alle varie amministrazioni centrali dello Stato che potranno decidere, motivando adeguatamente ed esaustivamente, il mantenimento di un determinato bene nelle proprie dirette disponibilità previa opportuna comunicazione, conoscibile dalle comunità.

Una volta cristallizzata la lista dei beni, da decentrarsi, si dovrà procedere con la reale proposta da offrire a comuni, province, città metropolitane e regioni che sceglieranno concretamente quali specifici beni si faranno effettivamente conferire a titolo "non oneroso" per garantire la massima "valorizzazione funzionale".

Per gli immobili assegnati, ed in vigenza di contratto di locazione, i mancati introiti per lo Stato verranno compensati dalle minori risorse finanziarie trasferite all'ente beneficiante del bene in questione.

Il problema primario che si pone è rappresentato dall'effettivo beneficio economico su cui potranno contare le amministrazioni locali per aumentare le proprie autonome capacità finanziarie anche ricorrendo a proiezioni di valorizzazione di quei beni devoluti in termini di sviluppi reddituali prodotti.

Particolare attenzione, al riguardo, dovrà essere posta dagli amministratori locali che avranno la possibilità, una volta definito il concreto passaggio e la presa di possesso dei beni, di procedere ad una mera alienazione/cessione degli stessi vendendoli a privati interessati a loro volta ad operazioni presumibilmente anche di natura speculativa.

Nel caso quindi si pervenga ad una semplice operazione di vendita la parte sostanziale del ricavato, corrispondente al 75%, dovrà essere finalizzato al ripianamento dell'eventuale debito dell'ente in argomento.

Questa ipotesi, nell'attuale situazione deficitaria nella quale si trovano una gran parte dei nostri enti locali, non è una realtà remota ma anzi la mancanza di risorse finanziarie adeguate e la necessità di risanamento dei bilanci, pone il grave rischio di veder evaporare una nuova opportunità di miglioramento dei bilanci, per far fronte ad esigenze contingenti e mantenimento di *standard* accettabili di erogazione di servizi sociali e di welfare state per le comunità locali.

I nuovi orizzonti per l'evoluzione delle soluzioni tendenti alla ricerca di contributi ideali al sostentamento finanziario degli enti locali.

Il d.l. n. 78/2010 recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di

competitività economica convertito con modificazioni in l. n. 122/2010 all'art. 8 co. 15 contempla: *"le operazioni di acquisto e di vendita di immobili da parte degli enti pubblici e privati che gestiscono forme obbligatorie di assistenza e previdenza, nonché le operazioni di utilizzo, da parte degli stessi enti, delle somme rivenienti dall'alienazione degli immobili o delle quote di fondi immobiliari, sono subordinate alla verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica da attuarsi con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali"*.

Il decreto interministeriale di concerto, 10.11.2010, pubblicato nella G.U. n. 12 del 17.1.2011, ha disciplinato le modalità di comunicazione dei *"piani di investimento"* da parte degli enti pubblici e privati che gestiscono forme obbligatorie di assistenza e previdenza da attuarsi entro il 30 novembre di ogni anno.

Detti piani triennali debbono contenere elementi sull'ammontare delle operazioni di acquisto e vendita degli immobili, cessione e acquisizione di quote di fondi immobiliari nonché operazioni di utilizzo delle disponibilità provenienti dalle suddette alienazioni immobiliari o cessioni di quote di fondi immobiliari.

L'efficacia dei piani d'investimento, in questione, è posta in subordine alla verifica del *"rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica"* previo ricorso a decretazione di concerto MEF - Ministero lavoro e politiche sociali.

Ma ancor più illuminante il ruolo che viene attribuito agli enti pubblici e privati di previdenza ed assistenza obbligatoria, così come delineato nella Direttiva congiunta dei Ministri del lavoro e dell'economia e finanze emanata recentemente in data 7.12.2010 segnatamente ai punti due e tre della stessa.

Orbene, in un'ottica economica che basa il *"sistema paese"* come su un contesto evoluto di vasi comunicanti, il valore e l'entità delle risorse finanziarie, che confluiscono costantemente nei bilanci degli enti di previdenza pubblici e privati, possono e debbono svolgere un ruolo attivo, nell'economia complessi-

va, quale indispensabile *"volano finanziario"* capace di irrorare fresche energie monetarie nell'asfittico quadro macroeconomico complessivo.

In buona sostanza si richiede, agli enti gestori della previdenza pubblica, di gestire il proprio patrimonio mobiliare ed immobiliare in modo tale da migliorare la redditività previa puntuale analisi dinamica degli *"asset allocation"*.

Conseguentemente si induce ad un monitoraggio della rischiosità della gestione patrimoniale adottando degli indicatori di sistematicità e di trasparenza; il primo misura l'impatto di ogni investimento in rapporto al piano d'impiego dei fondi disponibili sul livello di rischio del patrimonio; il secondo si fonda sugli indicatori comunemente in uso nel settore finanziario vigente.

Proprio in questo contesto che può aprirsi una grande possibilità consistente nel mettere in campo delle sinergie tra enti territoriali e enti gestori di previdenza e assistenza, sia pubblici che privati.

Si potrebbe concertare un primo tavolo di confronto tra conferenza delle Regioni, UPI - unione province italiane, ANCI - associazione comuni italiani, AdEPP - associazione enti di previdenza privati, Enti di previdenza e assistenza pubblici.

Il preludio a queste *"grandi intese"* è certamente il programma/progetto di *"social housing"* che ha visto realizzarsi grazie ad un accordo tra le quattro maggiori fondazioni bancarie, la metà circa delle maggiori casse di previdenza private, la cassa depositi e prestiti e il Ministero delle infrastrutture, che hanno messo sul campo un primo sostanziale programma d'investimento di circa 2.500 milioni di euro.

Tale ambito d'intervento si sostanzia nella oggettiva necessità di realizzare, a costi sostenibili, un piano edilizio rivolto alle necessità di quelle fasce di popolazione detentrici di redditi medio bassi difficilmente in grado di accedere al mercato libero immobiliare per *"acquistare"* ovvero *"locare"* immobili a costi sostenibili.

Tra queste categorie certamente è possibile annoverare: giovani coppie, lavoratori precari, anziani pensionati, *singles*, immigrati rego-

lari, famiglie numerose e più in generale fasce sociali svantaggiate.

A queste istanze, di primo livello, sono tenuti a corrispondere, con risposte concrete, principalmente gli amministratori locali che in maniera pregnante e su tutto il territorio nazionale, affrontano la lotta quotidiana dell'emergenza abitativa e del sempre crescente numero di sfratti esecutivi, maggiormente presente proprio nei maggiori agglomerati urbani e città metropolitane, ma che in questi ultimi anni si sono diffuse, queste emergenze, a macchia d'olio anche nelle realtà della provincia media e piccola del nostro Paese.

Tornando alle implicazioni socio-economiche del d. lgs. 28.5.2010 n. 85 e specificamente all'attuazione dell'art. 19 della l. 5.5.2009 n. 42 il punto cardine è rappresentato dal fatto che *“gli enti territoriali cui sono attribuiti i beni (a titolo non oneroso) sono tenuti a garantire la massima valorizzazione funzionale”*.

“L'ente territoriale, a seguito del trasferimento, dispone del bene nell'interesse della collettività ed è tenuto a favorire la massima valorizzazione funzionale del bene attribuito, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata”.

Ciascun ente è vincolato, altresì, a garantire la necessaria informazione della collettività circa i processi di valorizzazione perseguiti.

In tale contesto può collocarsi l'azione di valorizzazione dei beni ricorrendo anche allo strumento dei fondi comuni d'investimento immobiliare.

Proprio per favorire la massima ottimizzazione dei beni e promuovere la capacità finanziaria degli enti territoriali è possibile prevedere che i beni trasferiti agli enti possono, ricorrendo alle procedure per l'approvazione delle varianti allo strumento urbanistico, essere venduti ovvero conferiti a uno o più fondi comuni d'investimento per un valore la cui congruità viene accertata in sinergia dall'Agenzia del Demanio e dall'Agenzia del Territorio successivamente all'avvenuta rivalutazione del bene sulla base delle varianti attuate previa modifica avvenuta degli strumenti urbanistici (piani regolatori urbanistici di nuova parziale rielaborazione).

Per l'ottimale utilizzo dei beni pubblici da parte delle autonomie locali, al fine di assicurare la loro migliore implementazione *“finalizzata allo svolgimento delle funzioni pubbliche primarie attribuite”* è possibile ed auspicabile prevedere delle consultazioni tra le varie amministrazioni periferiche dello Stato utilizzando lo strumento della *“conferenza dei servizi”* con il conseguente coordinamento del Presidente della giunta regionale di riferimento.

Le determinazioni adottate, nella suddetta sede, verranno trasmesse al ministero dell'economia e delle finanze per eventuali successive proposte e/o richieste da parte di ciascun ente.

Per quanto attiene specificamente all'ambito delle risorse finanziarie derivanti alle regioni ed enti locali, di cui al citato d. lgs. n. 85, rivenienti dall'alienazione degli immobili del patrimonio disponibile, ovvero dalla cessione di quote di fondi immobiliari cui siano stati conferiti beni, tali risorse verranno acquisite direttamente dall'ente territoriale nella misura del 75% delle stesse e destinate nella restante quota del 25% all'incremento del Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato.

La quota maggiore di risorse finanziarie, ovvero quella del 75%, deve essere destinata alla riduzione dell'eventuale debito dell'ente e solo in caso di assenza di debito ovvero per la parte eccedente dello stesso, tali risorse possono conferirsi per spese d'investimento.

La definizione del concetto sociale di “Big Society” per le trasformazioni implementate con il federalismo fiscale.

I concetti di sussidiarietà, di comunità locali, di devoluzione, sono stati riattualizzati con la riforma della nostra Carta Costituzionale e specificamente con la rivisitazione dell'art. 118 antecedente della riforma che ispira il nuovo federalismo fiscale.

Il filo conduttore può rilevarsi nella scelta praticata dallo Stato centrale di ridurre i propri spazi di manovra a beneficio crescente delle comunità locali.

Un arretramento pensato, a scopo benefico, per ampliare le sfere di competenza e le assunzioni di responsabilità, dal basso verso

l'alto.

Nello sfondo appare, ovviamente, la necessità di razionalizzare le risorse finanziarie disponibili, per garantire una gestione dei servizi per la collettività più aderenti e sostenibili per la fiscalità complessiva.

La “*big society*” come anche teorizzato nella più recente strategia avviata con l'esperienza anglosassone, presume una reale responsabilizzazione dei cittadini e delle entità locali con una stratificazione sociale allargata in vari settori del vivere comune, dove si assiste ad un deciso decentramento costruttivo di una molteplicità di funzioni.

Affidando alla collettività la gestione dei servizi pubblici si trasferisce maggior potere e si danno maggiori responsabilità alle persone e alle comunità.

Tale esperienza si sta diffondendo anche, e in modo particolare, negli agglomerati urbani dei Paesi maggiormente sviluppati dove risulta crescente l'estrema povertà anche per quelle fasce sociali una volta appartenenti alla “*middle class*” dove si è andato via via incrementando lo stato di precarietà ed indeterminata lavorativa, sociale e umana.

Si assiste quindi allo sfociare delle “*marginalità sociali*” connotate da povertà materiale, desertificazione relazionale, precarietà abitativa, sfruttamento lavorativo, esclusione ed emarginazione sociale, ecc. in cui vengono coinvolte numeri crescenti di persone con conseguenti ricadute sul contesto delle comunità locali. I maggiori cambiamenti ai quali assistiamo di tipo sociale, economico, demografico, devono essere accompagnati da una “*policy metodologica*” più confacente a nuove dinamiche solidaristiche. E' indispensabile quindi studiare ed analizzare modelli di intervento e reperimento di adeguate risorse economiche orientate ai servizi sociali, alle politiche abitative, all'istruzione, agli ambiti occupazionali, al miglioramento dei servizi sa-

nitari, all'ambiente, rafforzando la coesione ed identità della comunità.

In tale contesto si intaglia la “*questione abitativa*” come uno degli indicatori più significativi delle marginalità sociali, che implica concrete risposte e strumenti operativi quali l'*housing* sociale terreno di confronto per i comuni, gli investitori istituzionali tra i quali le banche, le assicurazioni, le fondazioni, gli Enti previdenziali.

Nella concreta accezione il social housing indica le politiche abitative “*altre*” differenti dai classici ed obsoleti interventi di edilizia residenziale pubblica, dove coesistono istituzioni pubbliche, soggetti privati, terzo settore del no profit, ecc. con la finalità ultima di un più agevole accesso al mercato della casa.

Conclusioni.

In conclusione è certamente auspicabile la concreta valorizzazione del demanio e del patrimonio pubblico, previa assunzione delle dirette responsabilità gestionali ed ottimizzazione dei risultati, da parte degli amministratori locali, anche per le oggettive esigenze riconducibili da un lato alla scarsità crescente di risorse trasferite dallo Stato centrale da l'altro alle crescenti necessità di tutele sociali di varia natura.

E' indispensabile porre in essere, altresì, modelli di “*controllo sociale*” circa il corretto utilizzo di detto patrimonio soprattutto in possibili ed eventuali fasi di dismissione a favore del libero mercato ovvero conferimento a fondi d'investimento finanziario o anche destinato allo sfruttamento diretto al fine di gestire, *in house*, servizi di pubblica utilità.

La scelta di *partners* affidabili, e adeguatamente controllabili nei loro operati, sarà la sfida, per il prossimo futuro, degli amministratori del territorio che a loro volta saranno oggetto del controllo sociale diffuso valevole per l'intero territorio nazionale.

GIURISPRUDENZA

di Paolo Romani

Corte di Cassazione Sez. Trib., 9.3.2011 n. 5518

ICI - immobili di interesse storico o artistico - applicabilità art. 2 co. 5 d.l. 16/1993 - interpretazione autentica l. 342/2000.

"In materia di tassazione ai fini ICI degli immobili di interesse storico o artistico è applicabile esclusivamente la regola stabilita dal d.l. n. 16 del 1993, art. 2, co. 5, convertito con l. n. 75 del 1993, come interpretato dalla l. n. 342 del 2000, art. 74, co. 6, anche qualora per tali immobili fossero effettuati interventi di restauro e di risanamento conservativo o interventi di ristrutturazione edilizia o interventi di ristrutturazione urbanistica, quali indicati dalla l. n. 457 del 1978, art. 31, co. 1, lett. c), d) ed e)".

Corte di Cassazione, Sez. Trib., 9.2.2011 n. 3160

ICI - fabbricati categoria D - imprese - calcolo sulla base delle iscrizioni contabili fino a che il contribuente non faccia richiesta di attribuzione di rendita catastale.

"in tema di ICI e con riferimento alla base imponibile dei fabbricati non iscritti in catasto, posseduti da imprese e distintamente contabilizzati, l'art. 5. co. 3, del d. lgs. 30.12.1992, n. 504 ha previsto, fino alla attribuzione della rendita catastale, un metodo di determinazione della base imponibile collegato alle iscrizioni contabili valido fino a che la richiesta di attribuzione della rendita non viene formulata" dal contribuente: "dal momento in cui fa la richiesta egli", invece, "pur applicando ormai in via precaria il metodo contabile", "diventa titolare di una situazione giuridica nuova derivante dall'adesione al sistema generale della rendita catastale, sicché può avere il dovere di pagare una somma maggiore (ove intervenga un accertamento in tal senso) o può avere il diritto a pagare una somma minore ed a chiedere il relativo rimborso nei termini di legge".

Corte di Cassazione Sez. Trib. Ord. 2.12.2010 n. 24478

ICI - area edificabile - piano regolatore generale adottato dal comune - imposta dovuta indipendentemente dall'approvazione dello stesso in regione.

... 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. 30.9.1992, 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. La natura edificabile non viene meno a seguito di decadenza del vincolo preordinato alla realizzazione dell'opera pubblica, da cui deriva non una situazione di totale inedificabilità, ma l'applicazione della disciplina delle c.d. "zone bianche" (nella specie quella di cui alla l. 28.1.1977, n. 10, articolo 4, u.c., applicabile "ratione temporis"), che, ferma restando l'utilizzabilità economica del fondo, in primo luogo a fini agricoli, configura pur sempre, anche se a titolo provvisorio, un limitato indice di edificabilità.

Corte dei Conti Sez. Reg. Lombardia 31.3.2011 PAR 167

Vincoli alla spesa del personale – esclusivo riguardo all'anno 2010 – sussiste.

L'art. 14, co. 9, del d.l. 31.5.2010 n. 78, conv. in l. 30.7.2010, n. 122 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) ha sostituito il co. 7 dell'art. 76 del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133, con il seguente: «E' fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o supe-

riore al 40% delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente». Tale disposizione si applica a decorrere dal 1.1.2011, con riferimento alle cessazioni verificatesi nell'anno 2010. La norma richiamata, pur confermando le rigide prescrizioni in materia di contenimento di spesa per il personale, consente agli enti di effettuare nuove assunzioni entro un limite che ha come riferimento una percentuale di spesa sostenuta per il personale che sia cessato dal servizio nell'anno precedente. Si osserva, in proposito, che l'inciso contenuto nel comma in esame "a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale" si riferisce alle assunzioni di personale vietate agli enti che abbiano un'incidenza di spesa di personale pari o superiore al 40% delle spese correnti e non è riproposto nella seconda parte della disposizione, che è riferita alla possibilità di assunzioni per gli enti che non rientrino in tale divieto. La richiamata ratio della norma, di generale contenimento della spesa per il personale, induce a ritenere che il riferimento al titolo e della tipologia contrattuale, contenuto nella prima parte della norma (di divieto), debba valere anche per la disposizione della seconda parte (di deroga) e riguardi, pertanto, tanto i rapporti di lavoro a termine, quanto i rapporti di lavoro a tempo indeterminato. In tal senso depone anche l'inserimento, tra le componenti da considerare per il calcolo del parametro di riferimento per l'applicazione del predetto divieto di assunzione, delle retribuzioni lorde al personale dipendente, sia avente contratto a tempo indeterminato, sia avente contratto a tempo determinato, in conformità a quanto stabilito dalla Sezione delle Autonomie nelle linee guida al monitoraggio al bilancio di previsione 2010 (Delibera 9/2010), in cui sono elencate le componenti da includere e da escludere dal computo della spesa di personale (cfr. Sez. Reg. Contr. Toscana, parere n.111/2010 del 4.10.2010). L'esclusione delle spese sostenute per il personale a tempo determinato cessato nel corso del 2010 dal calcolo in discorso, oltre a non essere conforme al dettato normativo, potrebbe condurre a conse-

guenze contrarie alla ratio della legge stessa. Sul punto, la Sezione Regionale di Controllo per il Piemonte, nel parere n. 6/2011 del 9.2.2011, ha affermato che "al fine della normativa limitativa delle assunzioni con finalità di contenimento della spesa va accolta una nozione estensiva di assunzione di personale, comprensiva di qualsiasi titolo e tipologia contrattuale. Escludere dal divieto di assunzione quella a tempo determinato favorirebbe facili elusioni della norma proibitiva".

Pertanto, non si ritiene percorribile la soluzione interpretativa proposta dal comune di Besana in Brianza, che potrà procedere con eventuali assunzioni, nel 2011, nel rispetto del limite del turn over prescritto dall'art. 14, co. 9, del d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010 con riferimento il dato complessivo di spesa corrispondente alle cessazioni di personale dell'anno 2010. Infine, la norma finanziaria di cui al citato art. 14, co. 9 ha previsto una nuova annualità di riferimento su cui parametrare il calcolo della spesa di personale che individua il limite per procedere a nuove assunzioni. L'anno di riferimento considerato dalla norma è, appunto, il 2010, che costituisce il primo anno di riferimento utile ove permanga la disposizione in questione. Per quanto concerne la possibilità di assunzione nell'anno 2011, pertanto, i vincoli alla spesa di personale devono essere considerati con esclusivo riguardo al 2010. Con riguardo agli anni successivi al 2011, invece, valorizzando la nozione di "anno precedente" riferita agli enti non sottoposti al patto di stabilità definita dalle Sezioni Riunite in sede di controllo nella deliberazione n. 52/CONTR/10 dell'11.11.2010, ed in ragione della medesima ratio normativa, si ritiene che si possano riportare nell'anno successivo eventuali margini di spesa originati da cessazione di personale, non utilizzati nell'anno precedente.

Corte dei Conti Sez. Reg. Veneto 14.3.2011
DEL. 250

Segretari comunali - diritti di rogito - applicazione della l. 122/2010.

Orbene, per quanto riguarda il primo quesito (assoggettabilità al taglio del 5 o del 10% dei diritti di rogito), la risposta è rinvenibile nella deliberazione 16/2009/PAR del 9 novembre 2009 della Sezione delle Autonomie della Corte

dei conti, richiamata anche dal comune istante, che ha escluso dalle spese di personale gli incentivi per la progettazione interna, i diritti di rogito e gli incentivi per il recupero dell'ICI, trattandosi di compensi che si autoalimentano e non comportano, quindi, un effettivo aumento della spesa. Coerentemente, la Sezione ritiene che i diritti in questione non sono da ricomprendere nel regime vincolistico recato dall'art. 9, co. 2, della l. 122/2010 che concerne invece il solo trattamento economico afferente al personale previsto dalle relative norme di legge. Per quanto riguarda, invece, il secondo quesito (assoggettabilità o meno al taglio di cui sopra dei compensi ai segretari comunali per attività "a scavalco") si rammenta che: • tali compensi sono disciplinati in ambito contrattazione collettiva e sono calcolati, in misura percentuale, sulla base della retribuzione complessiva in godimento di cui all'art. 37, co. 1, lett. da a) ad e) del CCNL del 16.5.2001 raggugliata al periodo di incarico; • le voci retributive di cui sopra comprendono: lo stipendio tabellare (che dal 1°1.2002 ingloba il trattamento stipendiale e l'indennità integrativa speciale), la retribuzione individuale di anzianità (ove acquisita), la retribuzione di posizione contrattuale, il maturato economico annuo (ove spettante), l'assegno ad personam (ove spettante); • la misura percentuale può essere fissata con modalità definite in sede di contrattazione decentrata regionale (in ambito Regione Veneto il CCDI è stato siglato in data 12.1.2010). Alla luce di quanto sopra, ad avviso della Sezione, non sembra potersi dubitare che il compenso di cui trattasi, al di là del nomen juris, sia da comprendere tra le spese di personale da parte del comune presso cui viene operato lo scavalco e, quindi, da assoggettare al taglio del 5 o del 10% di cui all'art. 9, co. 2, della l. 122/2010. Va peraltro tenuto presente che il compenso stesso deve essere cumulato con quanto percepito dal comune di appartenenza con ciò determinando il limite di trattamento economico complessivo previsto dalla norma all'esame (90.000 /150.000 euro) su cui operare la riduzione. Nel caso che al segretario competano eventuali diritti per l'attività rogante svolta nel corso dell'attività a scavalco, è evidente l'assimilabilità all'ipotesi di cui al quesito

precedente che esclude i diritti di rogito dalle spese di personale.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Lombardia
14.3.2011 DEL 125

Soppressione dei consorzi - contenimento della spesa - applicazione dal 2011.

Nell'ambito della manovre di razionalizzazione degli ultimi anni, il legislatore ha dettato numerose norme dirette a contenere la spesa pubblica, sia dello Stato che, con alcune limitazioni conseguenti alla modifica del Titolo V, parte Seconda della Costituzione operata nel 2001, degli enti locali. Ai sensi dell'art. 1, co. 2 del d.l. 25.1.2010 n. 2, conv. nella l. 26.3.2010 n. 42, "le disposizioni di cui ai commi 184 e 186, lett. b), c) ed e), dell'art. 2 della l. 23.12.2009, n. 191, come modificato dal presente articolo, si applicano a decorrere dal 2011, e per tutti gli anni a seguire, ai singoli enti per i quali ha luogo il primo rinnovo del rispettivo consiglio, con efficacia dalla data del medesimo rinnovo". La norma riguarda una pluralità di disposizioni, eterogenee fra loro: il co. 184 concerne la riduzione dei consiglieri comunali e provinciali, il co. 186 lett. b) la soppressione delle circoscrizioni di decentramento comunale, il co. 186 lett. c) la possibilità di delega da parte del sindaco dell'esercizio di proprie funzioni a non più di due consiglieri, in alternativa alla nomina degli assessori, il co. 186 lett. e), infine, è la norma che sopprime i consorzi di funzioni di cui trattasi. Orbene, per quanto concerne concerne la decorrenza (primo quesito), come evidenziato in dottrina, laddove la tempistica delle soppressioni dei consorzi di funzioni fosse legata a quella dei rinnovi dei consigli degli enti locali di riferimento, emergerebbero evidenti criticità essendo il consorzio una forma associativa ove coesistono enti che hanno differenziate scadenze degli organi. Si potrebbero, infatti, verificare casi di comuni che - interessati dal rinnovo - siano costretti ad uscire dal consorzio di cui facevano parte, mentre quest'ultimo permane quale soggetto essendo composto anche da altre civiche amministrazioni non coinvolte dalla tornata elettorale. Di conseguenza, il comune tenuto ad abbandonare l'organismo potrebbe trovarsi nella condizione di dover svolgere direttamente, per la parte di propria competenza, le funzioni svolte fino a

quella data dal consorzio con possibili aggravati finanziari. Sulla scorta di quanto già evidenziato dalla giurisprudenza contabile (Corte conti, sez. contr. Piemonte, 30.12.2010, n. 101), richiamata nel quesito, il Collegio osserva che il termine "enti", in relazione all'art. 186 lett. e) deve essere riferito ai singoli consorzi di funzioni. Si è visto che le disposizioni di contenimento della spesa si applicano dal 2011, e per tutti gli anni a seguire, ai singoli enti per i quali ha luogo il primo rinnovo del rispettivo consiglio, con efficacia dalla data del rinnovo medesimo. Orbene, il termine enti, che appare volutamente generico, riferendosi a più fattispecie diverse fra loro, in quella, che qui interessa, di cui alla lett. e) del co. 186 non può che indicare, secondo un'interpretazione logico-sistematica, i singoli consorzi oggetto della prescrizione. La disposizione, infatti, è di natura soppressiva di questi ultimi, non limitativa della partecipazione delle Amministrazioni locali, e dunque presuppone l'unitarietà delle cessazioni dei soggetti partecipanti. La normativa in oggetto trova, quindi, applicazione a decorrere dal primo rinnovo - a partire dal 2011 e per tutti gli anni a seguire - del consiglio di amministrazione del consorzio interessato.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Lombardia 8.2.2011
PAR 73

Enti locali - aumentare il canone di occupazione per spazi e aree pubbliche - divieto posto dalla manovra correttiva dei conti pubblici del 2008 non incide sulla COSAP.

In particolare, il primo periodo del comma 7 dell'art. 1 del d.l. n. 93/08 (conv. nella l. n. 126/08) – ovvero, la disposizione di legge che ha disciplinato l'esenzione ICI prima casa – recita che dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla definizione dei contenuti del nuovo patto di stabilità interno, in funzione della attuazione del federalismo fiscale, è sospeso il 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. Il co. 123, dell'art. 1 della legge di stabilità per l'anno 2011 (l. n. 220/2010), ha quindi aggiunto che resta confermata, sino all'attuazione del federalismo fiscale, la sospensione del potere delle regioni e degli enti locali di deliberare aumenti dei tribu-

ti, delle addizionali, delle aliquote ovvero delle maggiorazioni di aliquote di tributi ad essi attribuiti con legge dello Stato, di cui al comma 7 dell'art. 1 del d.l. 27.5.2008, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla l. 24.7.2008, n. 126, fatta eccezione per gli aumenti relativi alla tassa sui rifiuti solidi urbani (TARSU) e per quelli previsti dai soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti>>. Ad ogni modo, detti regolamenti che disciplinano l'accertamento e la "riscossione dei tributi e delle altre entrate" devono essere "informati" ai criteri enumerati dal comma 5 dell'art. 52 cit..

In conclusione, poiché il canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (previsto dall'art. 63 d. lgs. 15.12.1997, n. 446, e successive modificazioni) non ha natura tributaria, le norme sulla 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 non trovano applicazione con riferimento al potere del comune di determinazione dell'entità del canone stesso.

Corte dei Conti, Sez. Reg. Toscana, 17.11.2010
DEL 160

Turnover negli enti locali - spesa del personale cessato - va riferito non alla frazione di anno effettivamente lavorata ma all'anno intero.

le assunzioni, a partire dal primo gennaio 2011 possono avvenire esclusivamente nel limite del 20% della spesa corrispondente alle cessazioni avvenute nell'anno precedente; tale norma si ritiene possa riferirsi agli enti sottoposti al patto di stabilità, in virtù del fatto che la norma di cui all'art. 14 è rubricato "Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali" e che la medesima norma (co. 10 dell'art. 14 della l.122/10) nell'abrogare parte del co. 562 dell'art. 1 della l. 296/06 (finanziaria 2007), in relazione alle deroghe previste dalla finanziaria del 2008, lascia inalterato la prima parte del medesimo articolo che continua a stabilire che: "Per gli enti non sottoposti alle regole del patto di stabilità interno, le spese di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico delle amministrazioni e dell'IRAP, con esclu-

sione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, non devono superare il corrispondente ammontare dell'anno 2004. Gli enti di cui al primo periodo possono procedere all'assunzione di personale nel limite delle cessazioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato complessivamente intervenute nel precedente anno, ivi compreso il personale di cui al co. 55". Quest'ultima disposizione va intesa nel senso, espresso di recente nella delibera delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti n. 52 del 11.11.2010, secondo cui sono precedenti "tutte le vacanze complessivamente verificatesi dall'entrata in vigore della norma limitatrice, non ancora coperte alla data di riferimento". A questa norma l'ente richiedente deve riferirsi nell'applicazione dei limiti assunzionali e di spesa in materia di personale. L'ente chiede se la locuzione "spesa corrispondente" sia da intendere come riferita alla spesa stipendiale annua del personale venuto meno o alla spesa effettivamente sostenuta per il personale cessato nel corso dell'anno 2010, vale a dire alla spesa sostenuta per il solo periodo in cui tale personale ha lavorato fino alla cessazione dello stesso. La locuzione "spesa corrispondente alle cessazioni" va interpretata quale spesa annuale, data la necessità di sostituire unità di personale cessate che, logicamente, hanno percepito retribuzioni solo nei mesi dell'anno in cui hanno fornito le loro prestazioni lavorative; tale interpretazione è avvalorata dalla nota circolare del 18.10.2010 dell'UPPA – Dipartimento della Funzione Pubblica, che precisa che i risparmi realizzati per cessazione vanno calcolati "sempre sui dodici mesi, a prescindere dalla data di cessazione del servizio e dei relativi costi".

TAR Toscana, Sez. I 27.1.2011 n. 154

Derivati - valido l'annullamento in autotutela del contratto tra banche e provincia.

... - che, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, ora trasfusa negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara spetta al giudice amministrativo "il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto" nel frattempo stipulato; il che significa "che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti"; - che "la mancata menzione nella legislazione di un potere di autotutela a favore della stazione appaltante deve essere interpretata nel senso che la valutazione degli interessi connessi alla continuazione nell'esecuzione di un contratto, in caso di violazione della normativa di evidenza pubblica, compete unicamente al giudice e non può invece derivare da un'iniziativa autonoma della stazione appaltante"; quest'ultima pertanto, per incidere sull'efficacia del contratto stipulato, dovrà "adire il giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto il quale, ai fini della decisione, potrà apprezzare l'avvenuto annullamento dei provvedimenti di evidenza pubblica"; - che dalle precedenti considerazioni discende "che l'autoannullamento degli atti di evidenza pubblica da parte dell'amministrazione intimata non esercita effetto caducante sui negozi stipulati con le ricorrenti, sicché solo il giudice civile è competente a conoscere delle questioni inerenti il rispetto degli accordi contrattuali intercorsi tra loro".

«.....GA:.....»



HANNO PARTECIPATO

Francesca Aiello, Filippo Barbagallo, Maria Cristina Colacino, Lorena Caruso, Gian Paolo Cortese, Valeria Coppola, Diana Crudo, Ilaria De Nicola, Andrea Di Stazio, Ilaria Di Toro, Valeria De Santis, Alessandra Domenici, Fabio Falco, Luca Fiasconaro, Alessandra Farruggio, Sergio Fifi, Giustino Lo Conte, Elisa Lori, Francesco Mambrini, Valentina Mariani, Carolina Morici, Fabiana Misino, Flavia Virginia Prosperetti, Sibilla Ottoni, Gianluca Piccinni, Paolo Romani, Davide Siclari, Elisa Scozzo, Paola Tria, Domenico Tomassetti, Rosa Valicenti, Antonella Zella.

PER ULTERIORI INFORMAZIONI

TEL. 06.3242351 - FAX 06.3242356

Sito: www.gazzettaamministrativa.it
e-mail: info@gazzettaamministrativa.it

Chiuso in redazione il 30 aprile 2011
Finito di stampare nel mese di maggio 2011
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)



Tipolitografia SPEDIM
Via Alfredo Serranti, 137
00040 Monte Compatri (RM) ITALY
www.spedim.it

GAZZETTA TECNOLOGIE

per informazioni rivolgersi a:



REDAZIONE G.A.
Tel. **06.3242351 - 06.3242354** Fax **06.3242356**
Sito web: www.gazzettaamministrativa.it

Servizi Integrati della Gazzetta Amministrativa: Scuola Europea delle Comunicazioni - Edit. La Gazzetta Amministrativa Srl
Sped. Abb. Post. D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1

Prezzo abbonamento annuale € 120,00 (iva assolta dall'Editore)